Kartell- und Regulierungsrecht 44

Mats Kremer

Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot

Nomos

Kartell- und Regulierungsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)
Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker
Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß

Band 44

Mats Kremer

Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot

Nomos

Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2022

u.d.T.: „Arbeitgeber-Kollusionen und das europäische und deutsche Kartellverbot. Eine kartellrechtliche Analyse von Kollusionen zwischen Arbeitgebern im Arbeitsmarktwettbewerb anlässlich und anhand der einschlägigen Entwicklungen in den USA“

ISBN 978-3-8487-7574-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-3549-0 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Rechtsprechung, Literatur und weitere relevante Entwicklungen konnten bis einschließlich August 2022 berücksichtigt werden.

Ganz herzlich danken möchte ich zuvorderst meinem Doktorvater, *Prof. Dr. Torsten Körber*, für die hervorragende Betreuung und den großen Freiraum, der mir bei der Erstellung dieser Arbeit gewährt wurde. Für die äußerst zügige Fertigstellung des Zweitgutachtens bin ich *Prof. Dr. Christian Rolfs* sehr verbunden.

Den Herausgebern, *Prof. Dr. Torsten Körber*, *Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker* und *Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß*, danke ich sehr für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Kartell- und Regulierungsrecht".

Die Graduiertenschule der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln hat die Drucklegung dieser Arbeit dankenswerterweise großzügig finanziell gefördert.

Teile dieser Arbeit sind während meiner Zeit als LL.M.-Student an der Cornell Law School entstanden. Insofern gilt mein Dank *Prof. George A. Hay*, der mir bei der Durchdringung der einschlägigen US-Praxis geholfen hat, sowie allen in dieser Zeit neu gewonnenen Freunden, mit denen ich ein einmaliges Jahr verbringen durfte. Stellvertretend und besonders hervorzuheben ist insofern *Supavadee Sirilerkwipas*, die mich bei der Erstellung dieser Arbeit zudem in fachlicher Hinsicht sehr unterstützt hat.

Ganz besonders bedanken möchte ich mich abschließend bei meiner gesamten Familie. Stellvertretend gilt mein Dank insofern zunächst meiner Großmutter, *Rosemarie Kremer*, die ihre Enkel mit ihrer unvergleichlich selbstlosen Art seit jeher außergewöhnlich unterstützt. Meinen besonderen Dank aussprechen möchte ich zudem meinem Bruder, *Lukas Kremer*, und meiner Schwägerin (in spe), *Saskia Bargmann*, für unzählige schöne Stunden abseits der Rechtswelt. Meinem Vater, *Ralf Kremer*, danke ich sehr für das aufwendige Korrekturlesen. Ihm und meiner Mutter, *Monika Flink-Kremer*, gilt ohnehin der allergrößte Dank. Sie haben immer an mich geglaubt und mir durch ihre liebevolle und bedingungslose Unterstützung alles ermöglicht. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Köln, im September 2022 *Mats Kremer*

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 19

1. Teil: Einleitung 31

A. Problemstellung und Anlass der Untersuchung 31

B. Gegenstand und Ziel der Untersuchung 37

C. Gang der Untersuchung 42

2. Teil: Allgemeiner Teil: Einführung in das für den weiteren Verlauf relevante Kartellrecht 45

A. Rechtsquellen des Kartellrechts 45
- I. EU 45
- II. Deutschland 46
- III. USA 47

B. Ziele und Regelungszwecke des Kartellrechts und der Kartellverbotsnormen 47
- I. EU 48
  - 1. Gesetzliche Vorgaben 48
  - 2. EU-Kommission 49
  - 3. Literatur 51
  - 4. Gerichte 52
- II. Deutschland 54
  - 1. Gesetzliche Vorgaben 54
  - 2. Bundeskartellamt 55
  - 3. Literatur 55
  - 4. Gerichte 55
- III. USA 56
  - 1. Gesetzliche Vorgaben 56
  - 2. DoJ und FTC 56
  - 3. Literatur 57
  - 4. Gerichte 58

C. Kartellverbotsnormen 60
I. EU (Art. 101 AEUV) 60
1. Tatbestand (Art. 101 Abs. 1 AEUV) 60
a) Normadressaten 60
b) Kollusion 62
c) Wettbewerbsbeschränkung 64
d) Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten 67
2. Ausnahmen 67
a) Ungeschriebene Ausnahmen 68
b) Freistellung (Art. 101 Abs. 3 AEUV) 71
3. Rechtsfolgen, Durchsetzungsmöglichkeiten und kartellbehördliche Zuständigkeit 72
II. Deutschland (§ 1 GWB) 73
1. Tatbestand 73
2. Ausnahmen 76
3. Rechtsfolgen, Durchsetzungsmöglichkeiten und kartellbehördliche Zuständigkeit 78
III. USA (§ 1 Sherman Act) 79
1. Tatbestand 79
a) Vereinbarung 79
b) Unvernünftige Einschränkungen des Handels 81
2. Ausnahmen 85
3. Rechtsfolgen, Durchsetzungsmöglichkeiten und kartellbehördliche Zuständigkeit 85

D. Rechtsvergleich und Stellungnahme 87

3. Teil: Arbeitsmarkt- und Nachfragewettbewerb aus ökonomischer Sicht 94

A. Der Arbeitsmarkt als Nachfragemarkt für Arbeitgeber 94

B. Die ökonomische Behandlung von Nachfragemacht im Allgemeinen 97
I. Ökonomische Modelle zur Erfassung von Nachfragemacht 98
1. Monopsonmodell 98
2. Modell der Verhandlungsmacht 99
II. Die ökonomischen Auswirkungen von Nachfragemacht 100
1. Monopsonmodell 101
2. Modell der Verhandlungsmacht 102
III. Zwischenergebnis 104

C. Die ökonomische Behandlung von Nachfragemacht auf dem Arbeitsmarkt 105

D. Zwischenergebnis 111

4. Teil: Arbeitsmarktwettbewerb aus kartellrechtlicher Sicht 113

A. Kartellrechtlicher Ausgangspunkt: Erfassung jeglichen Wettbewerbs 113

B. Nichterfassung aufgrund der Regelungszwecke des Kartellrechts? 114

I. Verengung des Regelungszwecks des europäischen und deutschen Kartellrechts auf den Konsumentenwohlfahrtstandard? 115

II. Hilfsweise: Behandlung von Arbeitgeber-Kollusionen nach dem Konsumentenwohlfahrtstandard 119

III. Rechtsvergleich 121

1. DoJ und FTC 121

2. Literatur 122

3. Gerichte 124

IV. Zwischenergebnis 125

C. Nichterfassung durch eine Bereichsausnahme für den Arbeitsmarkt? 126

I. Die Rechtslage in Deutschland bis zur 6. GWB-Novelle 126

II. Die (begrenzte) Bereichsausnahme des EuGH 127

III. Die Rechtslage in den USA 129

IV. Rechtsvergleich und Zwischenergebnis 130

V. Anerkennung einer (weiterreichenden) Bereichsausnahme für die untersuchungsgegenständlichen Arbeitgeber-Kollusionen? 130

1. Die grundgesetzlichen Gewährleistungen und deren Anforderungen an das Kartellverbot 131

2. Die internationalrechtlichen Gewährleistungen und deren Anforderungen an das Kartellverbot 136

VI. Zwischenergebnis 138

D. Nichterfassung aufgrund fehlender Normadressatenstellung von Arbeitgebern? 139

I. Die Normadressatenstellung von Arbeitgebern 139

1. Grundlagen und herrschende Ansicht 139

2. Einschränkung durch die *FENIN*-Rechtsprechung des EuGH? 141

3. Stellungnahme zur *FENIN*-Rechtsprechung 144
a) Die (verfehlte) Begründung des Generalanwalts 145
aa) Vergleichbarkeit mit der Endverbrauchernachfrage 146
bb) Übereinstimmung mit der ökonomischen Theorie 148
b) Verstoß gegen das kartellrechtliche System eines unverfälschten Wettbewerbs 148
c) Zwischenergebnis 151
4. Stellungnahme zur Normadressatenstellung von Arbeitgebern und Zwischenergebnis 151
II. Die Normadressatenstellung von potenziellen Arbeitgebern 154
III. Die Normadressatenstellung von Arbeitgeberverbänden 156
IV. Zwischenergebnis 157

E. Nichterfassung aufgrund fehlender Handelsbeeinträchtigung? 158

F. Zwischenergebnis 159

5. Teil: Der derzeitige Stand der Durchsetzung des Kartellverbots auf dem Arbeitsmarkt 161

A. Deutschland und EU 161
I. Kartellbehördliche Verfahren und Aktivitäten 161
II. Gerichtliche Verfahren 164

B. USA 165
I. Kartellbehördliche Verfahren und Aktivitäten 166
II. Aktivitäten des 46. US-Präsidenten *Joe Biden* und der Gesetzgeber 170
III. Gerichtliche Verfahren 171

C. Andere Jurisdiktionen 172
I. Kartellbehördliche Verfahren und Aktivitäten 172
II. Gerichtliche Verfahren 176
III. Gesetzgeberische Aktivitäten 177
IV. Resümee 177

D. Zwischenergebnis 178

6. Teil: Fallgruppen von Arbeitgeber-Kollusionen 179

A. Einstellungs- und Abwerbeverbote 179
I. Einführung 179
1. Terminologie sowie allgemeine Ein- und Abgrenzung der Fallgruppe(n) 179
2. Die grundsätzliche rechtliche Zulässigkeit der Einstellung und Abwerbung fremder Arbeitnehmer 185
3. Motive der Arbeitgeber für die Vereinbarung solcher Verbote 187
a) Verhinderung des Verlusts des Arbeitnehmers 187
b) Verhinderung des Verlusts des Investments in den Arbeitnehmer und Trittbrettfahrerproblematik 189
c) Verhinderung des Verlusts von Geschäftsgeheimnissen 190
d) Umgehung der §§ 74ff. HGB 191
e) Verhinderung eines Wettbewerbs um die besten Arbeitsbedingungen 192
f) Fehlendes Unrechtsbewusstsein aufseiten der Arbeitgeber 192
4. Ausschluss der Anwendbarkeit des Kartellverbots aufgrund speziellerer Vorschriften? 193
a) Verhältnis des § 75f HGB bzw. dessen Parallelvorschriften zum europäischen Kartellverbot 194
b) Verhältnis des § 75f HGB bzw. dessen Parallelvorschriften zum deutschen Kartellverbot 195
c) Zwischenergebnis 202
5. Verbreitung und zu unterscheidende Fallkonstellationen 202
II. Alleinstehende Einstellungs- und Abwerbeverbote 203
1. Einführung, Verbreitung und Beispiele 203
2. Kollusion 208
a) Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen 208
aa) Grundlagen 208
bb) Indirekter Beweis anhand von Indizien 213
(1) Anhaltspunkte aus den einschlägigen US-Verfahren 218
(2) Teilnahme an wettbewerbswidrigen Treffen 223
(3) Sonstige mögliche Indizien für eine Arbeitgeber-Kollusion 227

(4) Mögliche Indizien gegen eine Arbeitgeber-Kollusion 230
(5) Zwischenergebnis 232
b) Beschlüsse einer Unternehmensvereinigung 233
c) Zwischenergebnis 236
3. Wettbewerbsbeschränkung 237
a) Meinungsspektrum in den USA 237
aa) DoJ und sonstige Kläger 237
bb) Literatur 240
cc) Arbeitgeber 241
dd) Gerichte 243
ee) (Gesetzgebungs-)Pläne des 46. US-Präsidenten *Joe Biden* 247
b) Meinungsspektrum in Deutschland und der EU 247
aa) Kartellbehörden 248
bb) Literatur 249
cc) Gerichte, private Kläger und Arbeitgeber 252
c) Rechtsvergleich und Stellungnahme zur Rechtslage in Deutschland und der EU 253
aa) Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung in der Form einer Marktaufteilung? 254
(1) Grundlagen zur Marktaufteilung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Kartellverbots 254
(2) Einstellungsverbote als bezweckte Arbeitsmarktaufteilungen 257
(3) Abwerbeverbote als bezweckte Arbeitsmarktaufteilungen 265
(4) Zwischenergebnis 270
bb) Beschränkung (auch) des Absatzmarktwettbewerbs? 271
cc) Relevanz der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung? 273
dd) Zwischenergebnis 277
d) Marktabgrenzung 278
aa) Notwendigkeit einer Marktabgrenzung 278
bb) Abgrenzung des relevanten Arbeitsmarktes 279
(1) Sachliche Marktabgrenzung 280
(2) Räumliche Marktabgrenzung 284

cc) Abgrenzung der relevanten nachgelagerten Absatzmärkte 287
e) Zwischenergebnis 287
4. Zwischenstaatlichkeitsklausel 287
a) Grundlagen 287
b) Einstellungs- und/oder Abwerbeverbote zwischen Arbeitgebern aus verschiedenen Mitgliedstaaten 293
c) Einstellungs- und/oder Abwerbeverbote zwischen Arbeitgebern aus demselben Mitgliedstaat 297
d) Zwischenergebnis 301
5. Ungeschriebene Ausnahmen 302
a) Ausschluss rechtswidrigen Wettbewerbs? 302
b) Verhältnismäßige Verfolgung legitimer Ziele? 305
6. Freistellung 308
a) Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB 308
aa) Effizienzgewinne 309
bb) Angemessene Verbraucherbeteiligung 313
cc) Unerlässlichkeit 315
dd) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs 320
ee) Zwischenergebnis 322
b) Freistellung nach § 3 GWB 322
7. Zwischenergebnis 323
8. Rechtsfolgen 323
a) Kartellbehördliche Durchsetzungsmittel 323
aa) Verwaltungsverfahren 324
bb) Bußgeldverfahren 325
b) Zivilrechtliche Rechtsfolgen 328
aa) Nichtigkeit 328
bb) Private Durchsetzungsmittel 330
9. Beachtlicher Irrtum der Arbeitgeber? 336
10. Ergebnis 339
III. Nicht-alleinstehende Einstellungs- und Abwerbeverbote 339
1. Einführung 339
2. Grundlagen: Die Kartellverbotsausnahme der notwendigen Nebenabreden 342
a) EU und Deutschland 342
b) USA 345
c) Rechtsvergleich und Stellungnahme 346

3. Franchiseverträge 349
a) Einleitung, Verbreitung und Grundlagen 349
b) Kartellrechtliche Privilegierung aufgrund der „Verbundenheit" der Franchisegeber und Franchisenehmer im Franchisesystem? 352
aa) Diskussionsstand in den USA 352
bb) Diskussionsstand und Stellungnahme zur Rechtslage auf deutscher und europäischer Ebene 355
c) Kollusion 359
aa) Ausgangspunkt: Zweifelsfrei bestehende Vereinbarungen zwischen Franchisegeber und Franchisenehmer 359
bb) Vorliegen von „hub and spoke agreements"? 361
(1) Diskussionsstand in den USA 361
(2) Grundlagen zu „hub and spoke agreements" im Rahmen des deutschen und europäischen Kartellverbots 365
(3) Stellungnahme zur Rechtslage auf deutscher und europäischer Ebene 369
cc) Zwischenergebnis 372
d) Wettbewerbsbeschränkung 373
e) Zwischenstaatlichkeitsklausel 377
f) Notwendige Nebenabrede? 378
aa) Diskussionsstand in den USA 378
bb) Diskussionsstand auf deutscher und europäischer Ebene 380
cc) Rechtsvergleich und Stellungnahme zur Rechtslage auf deutscher und europäischer Ebene 382
g) Freistellung 387
aa) Freistellung der Kollusion im Franchisenehmer-Franchisenehmer-Verhältnis 388
bb) Freistellung der Kollusion im Franchisegeber-Franchisenehmer-Verhältnis 390
(1) Grundsätzliche Einschlägigkeit der Vertikal-GVO 390
(2) Möglichkeiten zum Ausschluss oder Entzug der Freistellung nach der Vertikal-GVO 397
cc) Freistellung nach § 3 GWB 399

dd) Zwischenergebnis 402
h) Rechtsfolgen 402
i) Haftung des Franchisegebers als Kartellunterstützer 404
j) Beachtlicher Irrtum der Arbeitgeber? 406
k) Ergebnis 407
4. Andere Vertriebsverträge 408
a) Einleitung, Verbreitung und Grundlagen 408
b) Notwendige Nebenabrede? 410
c) Freistellung 412
d) Rechtsfolgen und Ergebnis 413
5. Vereinbarungen im Vorfeld von M&A-Transaktionen 414
a) Einleitung, Verbreitung und Grundlagen 414
b) Anwendbarkeit des Kartellverbots 415
c) Bewertung im Rahmen des Kartellverbots 417
d) Rechtsfolgen und Ergebnis 422
6. Unternehmenskaufverträge 424
a) Einleitung, Verbreitung und Grundlagen 424
b) Bewertung im Rahmen der FKVO 425
aa) Grundlagen und Verfahren nach der FKVO 426
bb) Die inhaltlichen Maßstäbe nach der Nebenabreden-Bekanntmachung 428
cc) Stellungnahme 429
(1) Einschränkende Auslegung der Nebenabreden-Bekanntmachung im Hinblick auf das Kriterium der Notwendigkeit 429
(2) Anwendung dieser Grundsätze 432
dd) Zwischenergebnis 441
c) Bewertung im Rahmen des Kartellverbots 441
aa) Anwendbarkeit des Kartellverbots 441
bb) Tatbestand 442
cc) Freistellung 444
dd) Rechtsfolgen 445
d) Ergebnis 446
7. Gemeinschaftsunternehmen 447
a) Einleitung, Verbreitung und Grundlagen 447
b) Konzernprivileg 450
c) Notwendige Nebenabrede? 452
d) Freistellung 454
e) Rechtsfolgen und Ergebnis 456

8. Arbeitsverträge 457
a) Einleitung, Verbreitung und Grundlagen 457
b) Abwerbeverbote für das laufende Arbeitsverhältnis 458
c) Nachvertragliche Abwerbeverbote 458
aa) Eigennützige Abwerbung 459
bb) Fremdnützige Abwerbung 462
d) Ergebnis 464
9. Kollusionen im Profi(fußball)sport 465
a) Einleitung, Verbreitung und Grundlagen 465
b) Notwendige Nebenabrede? 465
c) Verhältnismäßige Verfolgung legitimer Ziele? 467
d) Ergebnis 470
IV. Gesamtergebnis und dessen Bewertung 470
1. Kritische Würdigung des Gesamtergebnisses und der bisherigen Praxis 470
a) Ausmaß des Eingriffs in die Interessen und Grundrechte der Arbeitnehmer 472
b) Besondere Gefährlichkeit und Wettbewerbsschädlichkeit 475
c) Fehlende Effizienzgewinne und wettbewerbsfördernde Auswirkungen 476
d) Für die Arbeitgeber bestehende Alternativen 477
2. Defizite der derzeitigen Rechtslage 480
a) Unternehmensbegriff 480
b) Zwischenstaatlichkeitsklausel 481
c) Die Kartellverbotsausnahme der notwendigen Nebenabreden 482
d) Gruppenfreistellungsverordnungen 483
e) Rechtsfolgen 487
aa) Kartellbehördliche Durchsetzungsmittel 487
bb) Private Durchsetzungsmittel 488
3. Handlungsempfehlungen 489
4. Konsequenzen für § 75f HGB und dessen Parallelvorschriften 491

B. Arbeitsentgeltkollusionen 493
I. Einführung 493
1. Terminologie sowie allgemeine Ein- und Abgrenzung der Fallgruppe 493
2. Motive der Arbeitgeber für Arbeitsentgeltkollusionen 495
3. Verbreitung und Beispiele 496

II. Kartellverbot 499
1. Kollusion 500
a) Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen 500
b) Beschlüsse einer Unternehmensvereinigung 502
2. Wettbewerbsbeschränkung 503
3. Zwischenstaatlichkeitsklausel 509
4. Ungeschriebene Ausnahmen 510
a) Notwendige Nebenabreden 510
b) Ausschluss rechtswidrigen Wettbewerbs 510
c) Verhältnismäßige Verfolgung legitimer Ziele 511
5. Freistellung 512
6. Rechtsfolgen 513
III. Gesamtergebnis und dessen Bewertung 514
1. Gesamtergebnis 514
2. Bewertung des Gesamtergebnisses 515

C. Austausch arbeitnehmerrelevanter Informationen 516
I. Einführung 516
1. Terminologie sowie allgemeine Ein- und Abgrenzung der Fallgruppe 516
2. Motive der Arbeitgeber für arbeitnehmerrelevante Informationsaustausche 517
3. Verbreitung und Beispiele 518
II. Kartellverbot 521
1. Kollusion 521
a) Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen 521
b) Beschlüsse einer Unternehmensvereinigung 524
2. Wettbewerbsbeschränkung 525
a) Diskussionsstand in den USA 526
b) Diskussionsstand auf deutscher und europäischer Ebene 528
c) Grundlagen zur Wettbewerbsbeschränkung bei Informationsaustauschen 529
d) Rechtsvergleich und Stellungnahme zur Rechtslage auf deutscher und europäischer Ebene 531
aa) Strategische Relevanz für den Arbeitsmarktwettbewerb 533
bb) Strategische Relevanz für den Absatzmarktwettbewerb 535

cc) Verhinderung einer Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen der Due-Diligence-Prüfung 536
dd) Keine strategische Relevanz 538
e) Zwischenergebnis 539
3. Zwischenstaatlichkeitsklausel 540
4. Ungeschriebene Ausnahmen 540
5. Freistellung 542
6. Rechtsfolgen 543
III. Gesamtergebnis und dessen Bewertung 545
1. Gesamtergebnis 545
2. Bewertung des Gesamtergebnisses 545

D. Sonstige Arbeitgeber-Kollusionen 547
I. Ausgewählte Fallgruppen 547
1. Abwerbevereinbarungen 547
2. „Schwarze Listen“ 548
3. Kollusionen über sonstige Arbeitsbedingungen 550
4. Kollusionen über den Tarifausstieg 553
II. Gesamtergebnis und dessen Bewertung 554

7. Teil: Schlussbetrachtung 555

Literatur- und Materialienverzeichnis 563

Abkürzungsverzeichnis

Die Zitierweise US-amerikanischer Entscheidungen und Veröffentlichungen folgt maßgeblich dem in den USA etablierten Zitierhandbuch „The Bluebook: A Uniform System of Citation“ (21. Auflage, Cambridge/Massachusetts 2020) und wurde nur in sehr geringem Maße an die in Deutschland gebräuchliche Zitierweise angepasst.

a.A.	andere(r) Ansicht
AAI	American Antitrust Institute
ABA J. Lab. & Emp. L.	ABA Journal of Labor & Employment Law
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft/Union
Abs.	Absatz *oder* Absätze
ACM	Autoriteit Consument & Markt (niederländische Kartellbehörde)
AdC	Autoridade da Concorrência (portugiesische Kartellbehörde)
Advert.	Advertising
Admin.	Administration
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union
aff'd	affirmed
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGCM	Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (italienische Kartellbehörde)
AktG	Aktiengesetz
Am.	America(n)
Am. Bus. L.J.	American Business Law Journal
Antitrust ABA	Antitrust Magazine – American Bar Association
Antitrust Bull.	The Antitrust Bulletin
Antitrust L.J.	Antitrust Law Journal
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
Art.	Artikel
Ariz.	Arizona
Ass'n	Association
Assocs.	Associates
Atl.	Atlantic
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

Aug.	August
Autorité	Autorité de la Concurrence (französische Kartellbehörde)
AZTN	Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (kroatische Kartellbehörde)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des BAG (Amtliche Sammlung)
BB	Betriebs-Berater
BB-Beil.	BB-Beilage
BBiG	Berufsbildungsgesetz
B.C. L. Rev.	Boston College Law Review
Bd.	Board
BCA	Belgian Competition Authority (belgische Kartellbehörde)
BDG report	Verbandszeitschrift des Bundesverbands der Deutschen Gießerei-Industrie
BeckFormB	Beck'sches Formularbuch
BeckOF	Beck'sche Online-Formulare
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des BGH in Strafsachen (Amtliche Sammlung)
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
BeckRS	Rechtsprechungsdatenbank in beck-online
Berkeley J. Emp. & Lab. L.	Berkeley Journal of Employment and Labor Law
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
Broad.	Broadcast(ing)
Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.	Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law
Bros.	Brothers
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Bus.	Business
BuW	Betrieb und Wirtschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des BVerfG (Amtliche Sammlung)
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGK	Kammerentscheidungen des BVerfG (Amtliche Sammlung)

bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CADE	Administrative Council for Economic Defense (brasilianische Kartellbehörde)
Cal.	California
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
CaS	Causa Sport
CBC	Competition Bureau Canada (kanadische Kartellbehörde)
CC	Consiliul Concurenței (rumänische Kartellbehörde)
CCCS	Competition & Consumer Commission Singapore (singapurische Kartellbehörde)
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
Cir.	Circuit
CMA	Competition and Markets Authority (britische Kartellbehörde)
Cmty.	Community
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (spanische Kartellbehörde)
Co.	Company
COFECE	Comisión Federal de Competencia Económica (mexikanische Kartellbehörde)
Colo.	Colorado
Colum. Bus. L. Rev.	Columbia Business Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Competition: J. Anti., UCL & Privacy Sec. Cal. L. Assoc.	Competition: The Journal of the Antitrust, UCL and Privacy Section of California Lawyers Association
Conn.	Connecticut
Cont'l	Continental
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Corp.	Corporation
COVuR	COVID-19 und Recht
Ctr.	Center
Cty.	County
D.	Distric Court (federal)
DB	Der Betrieb
D.C.	District of Columbia
DEL	Deutsche Eishockey Liga
Dec.	December
Destatis	Statistisches Bundesamt
DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Distrib.	Distributing
DoJ	Department of Justice (Antitrust Division) (US-amerikanische Kartellbehörde)
DP	Discussion Paper
DStR	Deutsches Steuerrecht
Duq. L. Rev.	Duquesne L. Rev.
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ECJ	European Competition Journal
ECLR	European Competition Law Review
ECN Plus-RL	Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. 2019 L 11/3ff.
ecolex	ecolex – Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
E.D.	Eastern District
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zu Gründung der EG
Elec(s).	Electronical *oder* Electronics
Emp.	Employee
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Eng'rs	Engineers
Enters.	Enterprises
Entsch.	Entscheidung
ErfKo	Erfurter Kommentar
EuG	Europäisches Gericht (1. Instanz)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU	Europäische Union
EU-Kommission	Europäische Kommission
EU-Parlament	Europäisches Parlament
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EPI	Economic Policy Institute
EWG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
Exec.	Executive
f.	folgende (Einzahl)
F.	Federal Reporter (Entscheidungssammlung)

F.2d	Federal Reporter, Second Series (Entscheidungssammlung)
F.3d	Federal Reporter, Third Series (Entscheidungssammlung)
F. App'x	Federal Appendix (Entscheidungssammlung)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Feb.	February
Fed.	Federal
Fed. Comm. L.J.	Federal Communications Law Journal
Fed'n	Federation
Fed. R. App. P.	Federal Rules of Appellate Procedure
Fed. R. Civ. P.	Federal Rules of Civil Procedure
ff.	folgende (Mehrzahl)
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V.
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung"), ABl. 2004 L 24/1ff.
Fla.	Florida
Fn.	Fußnote(n)
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FraKo	Frankfurter Kommentar
Franchise L.J.	Franchise Law Journal
FS	Festschrift
F. Supp.	Federal Supplement (Entscheidungssammlung)
F. Supp. 2d	Federal Supplement, Second Series (Entscheidungssammlung)
F. Supp. 3d	Federal Supplement, Third Series (Entscheidungssammlung)
FTC	Federal Trade Commission (US-amerikanische Kartellbehörde)
F.T.C.	Federal Trade Commission Decisions
FuE-GVO	Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. 2010 L 335/36ff.
GA	General-Anzeiger
Ga.	Georgia
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
Gen.	General
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz

ggf.	gegebenenfalls
GmbHR	GmbH-Rundschau
GRCh	Charta der Grundrechte der EU
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report
GRUR-RS	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Sammlung
GVH	Gazdasági Versenyhivatal (ungarische Kartellbehörde)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Grp.	Group
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HCC	Hellenic Competition Commission (griechische Kartellbehörde)
HGB	Handelsgesetzbuch
HKCC	Hong Kong Competition Commission (hongkonger Kartellbehörde)
h.L.	herrschende(n) Literaturmeinung/Lehre
h.M.	herrschende(n/r) Meinung
Hosp.	Hospital
Hs.	Halbsatz
HR	Human Resource
IAB	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
i.d.R.	in der Regel
ifo	ifo Institut für Wirtschaftsforschung
IHK	Industrie- und Handelskammer
Ill.	Illinois
ILR Review	Industrial and Labor Relations Review
Inc.	Incorporated
Indecopi	National Institute for the Defense of Competition and the Protection of Intellectual Property (peruanische Kartellbehörde)
Ind. L.J.	Indiana Law Journal
Indep.	Independent
Indus.	Industry *oder* Industrial
Inst.	Institute
Int'l	International
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
IR	InfrastrukturRecht

i.S.d.	im Sinne des *oder* im Sinne der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IW	Institut der deutschen Wirtschaft
iwd	Informationsdienst des Instituts der deutschen Wirtschaft
IZA	Institute of Labor Economics
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jan.	January
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
JECLAP	Journal of European Competition Law & Practice
JFTC	Japan Fair Trade Commission (japanische Kartellbehörde)
JOLE	Journal of Labor Economics
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
Kartellschadensersatz-RL	Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349/1ff.
Kfz	Kraftfahrzeug
Kfz-GVO	Verordnung (EU) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27. Mai 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweise im Kraftfahrzeugsektor, ABl. 2010 L 129/52ff.
KT	Konkurencijos taryba (litauische Kartellbehörde)
KG	Kammergericht (Berlin)
KölnKo	Kölner Kommentar
KommJur	Kommunaljurist
KrV	Kranken- und Pflegeversicherung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
Ky.	Kentucky
LAG	Landesarbeitsgericht
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
LG	Landgericht
lit.	litera
Litig.	Litigation

LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LMK	Beck-Fachnachrichtendienst – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
Ltd.	Limited
LTO	Legal Tribune Online
M&A	Mergers and Acquisitions
Mach.	Machinery
Mar.	March
Mass. Super. Ct.	Superior Court of Massachusetts
Md.	Maryland
M.D.	Middle District
Me.	Maine
Med.	Medical
Mfrs.	Manufacturers
Mich.	Michigan
MiLoG	Mindestlohngesetz
Mo.	Missouri
M.R.S.A.	Maine Revised Statutes Annotated
MüAnHdB	Münchener Anwaltshandbuch
MüHdB	Münchener Handbuch
MüKo	Münchener Kommentar
MüVHdB	Münchener Vertragshandbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N.	North(ern)
Nat'l	National
NBER	National Bureau of Economic Research
N.C.	North Carolina
N.D.	Northern District
ND J.L. Ethics & Pub Pol'y	Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy
Nev.	Nevada
N.J.	New Jersey
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
NJW-Spezial	NJW Spezial
No.	Number
NoKo	NomosKommentar
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Nov.	November
Nr.	Nummer(n)
N.Y.	New York
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-Beil.	NZA-Beilage
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungsreport
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht

NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
o.g.	oben genannte(n)
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
Oct.	October
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Pa.	Pennsylvania
Pac.	Pacific
PM	Pressemitteilung
Prods.	Products
Prof'l	Professional
Props.	Properties
P'ship	Partnership
PuR	Personal und Recht
RCWA	Revised Code of Washington Annotated
RdA	Recht der Arbeit
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz
RegE	Regierungsentwurf
Res.	Resources
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RK	Rekabet Kurumu (türkische Kartellbehörde)
Rn.	Randnummer(n)
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
RP Online	Rheinische Post Online
Ry.	Railway
S.	Seite(n)
Santa Clara L. Rev.	Santa Clara Law Review
S. Ct.	Supreme Court Reporter (Entscheidungssammlung des Supreme Court)
S.D.	Southern District
Sept.	September
Serv(s).	Service(s)
SIC	Superintendence of Industry and Commerce (kolumbianische Kartellbehörde)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH (Teil I) und EuG (Teil II)
Soc'y	Society
sog.	sogenannte(n/r/s)

Spez-GVO	Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. 2010 L 335/43ff.
SpoPrax	SpoPrax – Sportrecht und E-Sportrecht in der Praxis
SpuRt	Zeitschrift für Sport und Recht
StBW	Steuerberater Woche
StFG	Stabilisierungsfondsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
st. Rspr.	ständige(n/r) Rechtsprechung
Sys.	System(s)
Tenn.	Tennessee
Tex.	Texas
TT-GVO	Verordnung (EG) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2014 L 93/17ff.
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u.a.	unter anderem *oder* und andere
UAbs.	Unterabsatz
UGP-RL	Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. 2005 L 149/22ff.
Univ.	University
UOKiK	Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (polnische Kartellbehörde)
Urt.	Urteil
US	United States (of America)
U.S.	United States Reports (Entscheidungssammlung des Supreme Court)
USA	United States of America (Vereinigte Staaten von Amerika)
U.S.C.	United States Codes

U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Kan. L. Rev.	University of Kansas Law Review
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
v.	vom *oder* versus
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Var.	Variante
Verbandsklagen-RL	Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. 2020 L 409/1ff.
Vertikal-GVO	Verordnung (EU) 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 2022 L 134/4ff.
Vertikal-GVO-E	Entwurf einer Verordnung der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen vom 09.07.2021, C(2021) 5026 final
Vertikal-GVO a.F.	Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 2010 L 102/1ff.
vgl.	vergleiche
VO Nr. 1/2003	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1ff.
W.D.	Western District
Wash.	Washington
Wash. & Lee J. Civil Rts. & Soc. Just.	Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice
WEKO	Wettbewerbskommission (schweizerische Kartellbehörde)
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WiWo	WirtschaftsWoche
WJCODL	Westlaw Journal Corporate Officers and Directors Liability
WL	Rechtsprechungsdatenbank in Westlaw

WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZD-Aktuell	Newsdienst der Zeitschrift für Datenschutzrecht in beck-online
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

1. Teil: Einleitung

A. Problemstellung und Anlass der Untersuchung

Die Ausgestaltung und Leistungsfähigkeit des Arbeitsmarktes ist von herausragender Bedeutung für die gesamte Wirtschaft und die beteiligten Arbeitsmarktakteure.[1] Die Arbeitnehmerentgelte bilden mit 1,91 Billionen Euro und ca. 71% den weit überwiegenden Anteil am gesamten Volkseinkommen Deutschlands.[2] Das Arbeitsverhältnis stellt für die Arbeitnehmer regelmäßig die (finanzielle) Lebensgrundlage dar und beeinflusst deren Leben(sstandard) unmittelbar und entscheidend.[3] Für die Unternehmen bzw. Arbeitgeber stellen die Arbeit und die Beschäftigung der Arbeitnehmer zunächst einmal einen Produktions- und Kostenfaktor dar.[4] Es ist jedoch inzwischen allgemein anerkannt, dass der Erfolg der Unternehmen auf den Absatzmärkten maßgeblich von den Fähigkeiten der Arbeitnehmer abhängt und die Mitarbeiter daher das Kapital des Unternehmens sind.[5] Die Gründe dafür sind vor allem, dass der immaterielle Faktor „Wissen" – das „Know-how" –, den die Arbeitnehmer ihrem Arbeitgeber im Rahmen ihrer Arbeit zur Verfügung stellen, immer mehr zu einem zentralen Produktionsfaktor wird[6] und dass in vielen Berufsfeldern ein Mangel an qualifiziertem Personal besteht[7]. Dieser sog. Fachkräftemangel sorgt in Deutschland etwa dafür, dass die Wirtschaft weniger stark wächst als sie

---

1 *Hafner*, S. 1; *Höpfner*, S. 533.

2 So die Zahlen für das Jahr 2021 (Destatis, Bruttonationaleinkommen); vgl. dazu auch *Höpfner*, S. 533.

3 *Hafner*, S. 1 spricht plakativ und treffend davon, dass die Arbeit „die ökonomische Basis des puren menschlichen Seins" darstellt.

4 *Höpfner*, S. 533; *Rieble*, Rn. 231f.; *Jäger*, Verbandsarbeit, S. 15; *Lindacher*, in: FS Erdmann, S. 647f.; *Glöckner*, JuS 2018, 1130.

5 *Kamluk*, S. 14; *Schmeding*, S. 5; *Busch/Dendorfer*, BB 2002, 301; *Kreutz*, BuW 2002, 479; *Buschmeyer*, PuR 2017, 62; *Hack/Leister*, DB 2018, 2741.

6 *Kamluk*, S. 11f.; *Greßlin/Römermann*, BB 2016, 1461; *Buschmeyer*, PuR 2017, 62, 63.

7 *Hurek*, S. 1; *Busch/Dendorfer*, BB 2002, 301; *Eufinger*, RIW 2017, 481; *Glöckner*, JuS 2018, 1130. Im Juli 2022 hat der Fachkräftemangel in Deutschland nach jüngsten Erhebungen einen neuen Höchststand erreicht (siehe ifo, PM v. 02.08.2022). Ausführlich zum Fachkräftemangel etwa *Krüger*, passim; *Rahner*, passim.

könnte.[8] Die Hauptgründe für den Fachkräftemangel in Deutschland sind der demographische Wandel – mit einer steigenden Anzahl älterer Menschen und einer gleichzeitig sinkenden Anzahl von Menschen im erwerbsfähigen Alter – und die zunehmenden Anforderungen der Arbeitgeber an die Qualifikationen und Fähigkeiten der Arbeitskräfte.[9] Bei dem Fachkräftemangel handelt es sich freilich keinesfalls um ein neuartiges Problem[10] und auch die Corona- bzw. Wirtschaftskrise ändert(e) an diesem Problem – obwohl der krisenbedingte Stellenrückgang auch vor Fachkräften nicht Halt machte[11] – nichts[12].

Die starke Nachfrage der Arbeitgeber nach geeigneten Arbeitskräften erstreckt sich auf nahezu alle Berufsfelder, wobei insbesondere technische Berufe, Bauberufe sowie Pflege- und Gesundheitsberufe betroffen sind.[13] Diese Entwicklung der zunehmenden Konkurrenz zwischen den Arbeitgebern um geeignete Arbeitskräfte wird treffend als „war for talent(s)" bezeichnet.[14] Arbeitgeber sehen insofern in den letzten Jahren – erheblich

---

8 Eine Studie des IW aus dem Jahre 2018 belegt, dass die deutsche Wirtschaftsleistung um bis zu 0,9% (oder ca. 30 Milliarden Euro) höher ausfallen würde, wenn kein Fachkräftemangel bestünde; siehe IW, Kurzbericht 27/2018. Anfang 2022 gingen andere Stellen sogar von einer Minderung um rund 2,5% aus; siehe DIHK, PM v. 04.01.2022.

9 *Krüger*, S. 12f.; *Kamluk*, S. 12; *Werding*, in: Busold, S. 3ff.; *Glöckner*, JuS 2018, 1130.

10 Vgl. etwa *Gumpert*, BB 1955, 964.

11 Siehe etwa IW, Fachkräftereport für Mai 2020.

12 So auch *Lingemann/Chakrabarti*, NJW 2020, 2316; *Lingemann/Kreis*, NZA 2021, 381; näher dazu auch IW, Kurzbericht 39/2021. Im Zusammenhang mit der Corona-Krise ist im Übrigen noch darauf hinzuweisen, dass diese an der Anwendbarkeit und Reichweite des Kartellrechts – und insbesondere des Kartellverbots – nichts Grundsätzliches ändert (*Linsmeier/Leitz*, COVuR 2020, 398; *Körber*, WRP 07/2020, I).

13 Bundesagentur für Arbeit, Engpassanalyse; *Schmeding*, S. 2; *Glöckner*, JuS 2018, 1130.

14 Grundlegend *Michaels/Handfield-Jones/Axelrod*, S. 1ff., die diesen Begriff etabliert haben. Anschließend etwa verwendet von *Hansen/Hauff*, in: Busold, S. 35, 38; *Kamluk*, S. 12; *Brinker*, NZKart 2015, 209; *Alexander*, ZWeR 2016, 16, 18; *Eufinger*, RIW 2017, 481; *Buschmeyer*, PuR 2017, 62, 63; *Lingemann/Chakrabarti*, NJW 2020, 2316. Die Bezeichnung „war *of* talent(s)", die sich in diesem Zusammenhang teilweise auch findet (z.B. bei *Henssler/Markworth*, in: Heymann, § 75f HGB Rn. 5; *Schmiedl*, BB 2003, 1120; *Naber*, DB 2015, 2945; *Hack/Leister*, DB 2018, 2741), scheint als Beschreibung für diese Entwicklung hingegen ungeeignet, da sie sich sprachlich auf eine etwaige Konkurrenzsituation zwischen den Arbeitnehmern (und nicht zwischen den Arbeitgebern) bezieht (darauf weisen auch *Kamluk*, S. 12 Fn. 11 und *Hartmann*, ZfA 2019, 486, 487 Fn. 7 zu Recht hin).

stärker als noch zu früheren Zeiten – den akuten Bedarf, geeignete Arbeitskräfte zu finden und (möglichst langfristig) zu binden.[15] Aufgrund dieser Ausgangslage und der Befürchtung, im Wettbewerb um die begehrten Arbeitskräfte zu unterliegen oder nur mit erhöhten Investitionen bestehen zu können, geraten einige Arbeitgeber jedoch in die Versuchung, das Blatt „künstlich" zu ihren Gunsten zu wenden und der zunehmenden Konkurrenzsituation zwischen den Arbeitgebern dadurch zu entgehen, dass sie ihr Verhalten im Hinblick auf die Arbeitnehmer mit ihrer Konkurrenz, das heißt mit anderen Arbeitgebern, absprechen oder abstimmen.[16]

Solche Kollusionen[17] können auf verschiedenste Arten und Weisen sowie in verschiedensten Kontexten und Situationen in Erscheinung treten. Fast schon als „klassische" Fallgruppe kann insoweit die Vereinbarung eines Einstellungs- und/oder Abwerbeverbots zwischen Arbeitgebern genannt werden.[18] Obwohl derartige Verbote in der Praxis schon seit langer Zeit[19] in einer Vielzahl von Situationen auftauchen, so etwa im Rahmen von Unternehmenskäufen oder Franchisevereinbarungen, haben sie erst in den letzten Jahren eine stärkere (rechtliche) Beachtung gefunden. Die zentralen Gründe dafür sind – neben dem bereits angesprochenen, immer stärker werdenden „war for talent(s)" – zum einen eine neuere Entschei-

---

15 *Kamluk*, S. 14; *Buschmeyer*, PuR 2017, 62, 63. 50% der Unternehmen sehen in dem Fachkräftemangel ihr größtes Geschäftsrisiko (Bundesministerium für Arbeit und Soziales, PM v. 16.12.2019; vgl. auch DIHK, PM v. 04.01.2022).

16 *Eufinger*, RIW 2017, 481; *Alexander*, ZWeR 2018, 16, 17; *Glöckner*, JuS 2018, 1130; *Hartmann*, ZfA 2019, 486, 487; *Frank/Zöhrer*, ecolex 2020, 808. Siehe zu den genauen Motiven für die einzelnen Fallgruppen von Arbeitgeber-Kollusionen unten im 6. Teil (S. 179ff.) bei der jeweiligen Fallgruppe.

17 Die drei durch das europäische und deutsche Kartellverbot verbotenen Verhaltensweisen (Vereinbarungen von Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmtes Verhalten) sind als unterschiedliche Formen der Kollusion anzusehen, „die in ihrer Art übereinstimmen, und […] sich nur in ihrer Intensität und ihren Ausdrucksformen unterscheiden" (EuGH, Urt. v. 04.06.2009 – C-8/08, Slg. 2009, I-4529 = BeckRS 2009, 70612 Rn. 23 – *T-Mobile Netherlands*; EuGH, Urt. v. 05.12.2013 – C-455/11 P, NZKart 2014, 63 Rn. 53 – *Solvay*), weshalb dieser Begriff im Folgenden verwendet wird. Näher zu den Tatbestandsmerkmalen des Kartellverbots unten S. 60ff.

18 Diese Fallgruppe wird häufig auch unter dem Begriff der „Sperrabreden" zusammengefasst; näher zu den verschiedenen Bezeichnungen und der Ein- und Abgrenzung dieser Fallgruppe(n) unten S. 179ff.

19 So wurde die Ursprungsfassung des heutigen § 75f HGB, der Sperrabreden zwischen Arbeitgebern zum Gegenstand hat (siehe zu der Norm im Einzelnen unten S. 193ff.), bereits im Jahre 1914 eingeführt (RGBl. 1914, 209); siehe zur (historisch) weiten Verbreitung auch *Hartmann*, ZfA 2019, 486, 487, 496.

dung des BGH aus dem Jahre 2014 zu einem Abwerbeverbot[20] und zum anderen die Rechtsentwicklung in den USA, denn dort gibt es insbesondere seit dem Jahre 2010 eine Vielzahl von (Kartell-)Verfahren, die sich mit Einstellungs- und/oder Abwerbeverboten („no-poaching agreements") beschäftigen[21]. Es existieren in der Praxis jedoch auch noch viele weitere Kollusionen zwischen Arbeitgebern im Hinblick auf ihre Arbeitskräfte. So treffen Arbeitgeber untereinander zum Teil Absprachen über die Arbeitsentgelte (oder bestimmte Entgeltkomponenten) ihrer Arbeitskräfte[22] oder tauschen Informationen aus, die sich auf die Arbeitnehmer und deren Beschäftigungsbedingungen beziehen[23].

Nachdem solche Verhaltensweisen lange Zeit nicht aus kartellrechtlicher Sicht beleuchtet wurden, finden sich in der jüngeren deutschen und europäischen Literatur vermehrt Beiträge, die darlegen, dass diese Kollusionen den Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt beeinflussen und auch einen Verstoß gegen das Kartellverbot (Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB) darstellen könnten.[24] Einer der Hauptgründe dafür, dass die kartellrechtliche Relevanz dieser Kollusionen zuvor kaum behandelt wurde, ist, dass es sich bei diesen Kollusionen nicht um „klassische" Kartellabsprachen handelt, die sich auf einen Produkt- oder Dienstleistungsmarkt beziehen, auf dem die an der Kollusion beteiligten Unternehmen als Anbieter tätig sind. Zudem gab es in Deutschland in der Vergangenheit eine kartellrechtliche Bereichsausnahme für den Arbeitsmarkt.[25] In Deutschland wurden z.B. Einstellungs- und Abwerbeverbote daher bisher vor allem als Annexproblem des Arbeitsrechts angesehen und fast ausschließlich vor dem Hintergrund der handelsrechtlichen Vorschrift § 75f HGB the-

20 BGH, Urt. v. 30.04.2014 – I ZR 245/12, BGHZ 201, 205 = NJW 2014, 3442 – *Abwerbeverbot*.

21 Näher dazu unten S. 165ff.

22 OECD, Labour Markets, S. 28; *Kordel*, S. 91; *Denzel*, in: R/J/G, S. 131, Rn. 47; *Gürkaynak/Güner/Özkanlı*, JECLAP 2013, 201, 207; *Glöckner*, JuS 2018, 1130; *Heinemann*, WuW 2020, 371, 375f.

23 OECD, Labour Markets, S. 29; *Denzel*, in: R/J/G, S. 131, Rn. 48; *Gürkaynak/Güner/Özkanlı*, JECLAP 2013, 201, 210; *Heinemann*, WuW 2020, 371, 377f.; *Hanschitz*, ÖZK 2020, 4, 5f.

24 Insbesondere *Brinker*, NZKart 2015, 209; *Linsmeier/Mächtle*, NZKart 2015, 258; *Alexander*, ZWeR 2016, 16; *Bischke/Brack*, NZG 2017, 499; *Eufinger*, RIW 2017, 481; *Linsmeier*, BB 2018, 515; *Hack/Leister*, DB 2018, 2741; *Glöckner*, JuS 2018, 1130; *Tremolada*, ECLR 2019, 451; *Heinemann*, WuW 2020, 371; *Ulrich*, GmbHR 2022, R103; *Ott*, ZWeR 2022, 200; *Mukomilow*, CCZ 2022, 240.

25 Näher dazu unten S. 126f.

matisiert.[26] Doch gerade die „Antitrust Guidance for Human Resource Professionals" des DoJ und der FTC,[27] die die Rechtsauffassungen der US-Kartellbehörden im Hinblick auf derartige Arbeitgeber-Kollusionen darlegen, sowie die Tatsache, dass die Kartellrechtsverfolgung in diesem Bereich inzwischen einen Schwerpunkt der US-Kartellbehörden darstellt,[28] haben dazu geführt, dass das Thema auch in der deutschen und europäischen Kartellrechtsliteratur angekommen ist. Bemerkenswerterweise hat im Übrigen der 46. US-Präsident *Joe Biden* in seiner Wahlkampagne im Jahre 2020 betont, dass er die Einführung eines generellen gesetzlichen Verbots für Einstellungs- und Abwerbeverbote plane.[29] Obwohl das DoJ seit kurzem sogar strafrechtlich gegen Arbeitgeber-Kollusionen vorgeht,[30] ordnete *Biden* im Juli 2021 durch eine „executive order" ferner an, dass die US-Kartellbehörden eine Änderung der genannten Guidance erwägen sollten, um Arbeitnehmer (noch) besser vor Kollusionen im Hinblick auf die Arbeitsentgelte zu schützen.[31] Außerdem enthält die „executive order" für die FTC die Anregung, regulatorische Maßnahmen gegen Vereinbarungen in Betracht zu ziehen, die die Mobilität der Arbeitnehmer unangemessen beschränken.[32] Die neue – internationale – Aufmerksamkeit, die diesem Thema gewidmet wird, zeigt sich zudem darin, dass die OECD, die ein wichtiges Forum für die internationale Diskussion von kartellrechtlichen Fragen ist,[33] die rechtliche Problematik, die die Anwendung des Kartellrechts auf den Arbeitsmarkt mit sich bringt, im Februar 2020 als zentralen Punkt auf ihrem jährlichen „OECD Competition Open Day" diskutierte.[34]

---

26 Vgl. BGH, Urt. v. 30.04.1974 – VI ZR 153/72, NJW 1974, 1282; BGH, Urt. v. 30.04.2014 – I ZR 245/12, BGHZ 201, 205 = NJW 2014, 3442 – *Abwerbeverbot*; *Eggert*, S. 27ff.; *Salje*, ZfA 1991, 653, 659ff.; *Alexander*, ZWeR 2016, 16, 17.

27 DoJ/FTC, HR.

28 *Tremolada*, ECLR 2019, 451, 454; *Galle/Rengier*, CCZ 2019, 283, 286; *Murray*, 59 Santa Clara L. Rev. 561, 567 (2020); näher dazu unten S. 166ff. Die US-Kartellbehörden haben auch während der Corona-Krise ausdrücklich vor Arbeitgeber-Kollusionen gewarnt (DoJ/FTC, Statement v. 13.04.2020; dazu auch *Linsmeier/Leitz*, COVuR 2020, 398, 400).

29 Siehe *Biden*, Worker; näher dazu unten S. 170f., 247.

30 Siehe dazu im Einzelnen unten S. 166ff., 207f., 324, 496f.

31 § 5(f) Exec. Order on Promoting Competition in the American Economy (July 09, 2021); näher dazu und zu dem Folgenden unten S. 170f., 247.

32 § 5(g) Exec. Order on Promoting Competition in the American Economy (July 09, 2021).

33 So die Beschreibung durch das Bundeskartellamt; siehe Bundeskartellamt, OECD.

34 Siehe zu den Hintergründen des „OECD Competition Day 2020" im Einzelnen OECD, Competition Day 2020.

In der kartellbehördlichen Praxis in Deutschland und der EU finden sich bisher hingegen nahezu keinerlei einschlägige Fälle.[35] Aufgrund der dargestellten Entwicklung wird jedoch gemeinhin erwartet, dass die Thematik auch in Deutschland und der EU zeitnah Gegenstand der kartellrechtlichen Fallpraxis werden wird.[36] Das gilt insbesondere, seit die EU-Kommissarin für Wettbewerb *Margrethe Vestager* in einer Rede im Oktober 2021 Absprachen über die Arbeitsentgelte sowie Einstellungs- und Abwerbeverbote als Beispiele für neuartige Wettbewerbsbeschränkungen nannte.[37] Die kartellrechtliche Bewertung derartiger Kollusionen ist für die deutsche und europäische Kartellrechtspraxis – schon aufgrund der fehlenden Entscheidungspraxis – bisher noch nicht geklärt.[38] Da die kartellrechtlichen Normen im Allgemeinen vor allem im Hinblick auf Produkte ausformuliert (und angewandt) wurden, herrscht auch ansonsten Unsicherheit über die Kartellrechtsverfolgung auf den Arbeitsmärkten.[39] Im deutschen Schrifttum wird vor diesem Hintergrund zutreffend darauf hingewiesen, dass es „überfällig [ist], die kartellrechtlichen Vorgaben für Arbeitsmärkte zu konkretisieren und damit die Konturen des Arbeitskartellrechts zu schärfen."[40] In der deutschen und europäischen Kartellrechtsliteratur finden sich bislang zudem keine umfassenden monographischen Darstellungen zu dieser Thematik.[41] Diese rechtlich noch weitgehend un-

---

35 *Denzel*, in: R/J/G, S. 131, Rn. 1; *Linsmeier/Mächtle*, NZKart 2015, 258, 260; *Eufinger*, RIW 2017, 481; *Linsmeier*, BB 2018, 515; *Tremolada*, ECLR 2019, 451, 456; *Frank/Zöhrer*, ecolex 2020, 808, 809; *Ott*, ZWeR 2022, 200, 201; näher dazu unten S. 161ff.

36 So z.B. *Brinker*, NZKart 2015, 209, 210; *Eufinger*, RIW 2017, 481, 486; *Linsmeier*, BB 2018, 515, 519; *Tremolada*, ECLR 2019, 451, 452; *Mukomilow*, CCZ 2022, 240, 247. So für Österreich auch *Frank/Zöhrer*, ecolex 2020, 808, 811.

37 *Vestager*, Rede v. 22.10.2021; näher dazu unten S. 163, 248f.

38 So auch *Linsmeier/Mächtle*, NZKart 2015, 258, 261; *Tremolada*, ECLR 2019, 451, 456; *Hanschitz*, ÖZK 2020, 4, 7.

39 So zutreffend *Heinemann*, WuW 2020, 371.

40 *Heinemann*, WuW 2020, 371.

41 Die Darstellung von *Kordel* konzentriert sich vor allem auf die grundsätzliche Anwendbarkeit der gesamten europäischen Kartellrechtsvorschriften auf jegliches Verhalten der Arbeitsmarktakteure und behandelt die hier im Einzelnen in den Blick genommenen Arbeitgeber-Kollusionen nur am Rande und sehr knapp. Eine Reihe von thematisch grundsätzlich einschlägigen Darstellungen stammt zudem aus einer Zeit, in der das Kartellrecht keinerlei Anwendung auf das Verhalten der Arbeitsmarktakteure auf dem Arbeitsmarkt fand (siehe dazu unten S. 126f.), sodass die sich heute stellenden und hier untersuchungsgegenständlichen Fragen nicht (eingehend) behandelt wurden; siehe z.B. *Eggert*, S. 94ff., 157ff.; *Poth*, passim; *Hendriks*, passim.

geklärte Ausgangslage i.V.m. der Aktualität und Neuartigkeit der Materie ist der Grund für die vorliegende Untersuchung.

B. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Gegenstand dieser Untersuchung ist demnach die kartellrechtliche Bewertung – nach deutschem und europäischem Kartellrecht – von Kollusionen zwischen Arbeitgebern über den Arbeitsmarkt im Hinblick auf die Beschäftigung von Arbeitnehmern (i.S.v. § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB). Terminologisch ist der Arbeitsmarkt als der „(Gesamt-)Markt für (menschliche) Arbeitsleistungen" anzusehen, auf dem die Arbeitgeber Arbeitsleistungen nachfragen und die Arbeitnehmer gegen eine Gegenleistung Arbeitsleistungen anbieten.[42] Die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer stellt an sich eine Dienstleistung dar, jedoch grenzen sich die Arbeitsmärkte von den Dienstleistungsmärkten dadurch ab, dass die entsprechenden Leistungen auf dem Arbeitsmarkt in abhängiger – also unselbstständiger – Beschäftigung erbracht werden.

Untersucht werden im Folgenden (allein) Kollusionen zwischen (mindestens zwei) Arbeitgebern, die sich *primär* auf den Arbeitsmarkt und die Beschäftigung von Arbeitnehmern beziehen. Aus diesem Grund werden Kollusionen, die ganz vorrangig den Absatzmarktwettbewerb betreffen, aber mittelbare (Reflex-)Wirkungen auf den Arbeitsmarkt entfalten können – hier ist vor allem an Wettbewerbsverbote im Hinblick auf die Absatzmärkte zu denken –, in dieser Untersuchung nicht behandelt. Auch die kartellrechtlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit Kollusionen zwischen den sog. Solo-Selbstständigen in der digitalen Wirtschaft stellen,[43] werden nicht untersucht, da diese ihre Leistungen in wirtschaftlicher Eigenverantwortlichkeit ohne Beschäftigung von Arbeitnehmern erbringen. Nicht Gegenstand dieser Untersuchung sind ferner Projekte wie die vom Bundeskartellamt im Januar 2022 nicht beanstandete[44] Initiative des deutschen Einzelhandels und der Deutschen Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit zur Förderung von existenzsichernden Löhnen im

42 Siehe dazu und zu dem Folgenden *Kordel*, S. 4f.; *Rieble*, Rn. 82, 88f.; *Höpfner*, S. 532ff.; *Mühlbach*, S. 25; näher zu den Besonderheiten des Arbeitsmarktes unten S. 94ff.

43 Siehe dazu insbesondere EU-Kommission, Leitlinienentwurf Solo-Selbständige; *Bourazeri*, NZA 2019, 741; *Bretzigheimer/Maturana*, NZKart 2022, 246.

44 Siehe dazu und zu dem Folgenden Bundeskartellamt, PM v. 18.01.2022; Bundeskartellamt, Fallbericht v. 08.03.2022 – B2–90/21.

Bananensektor. Insofern geht es nämlich darum, dass die beteiligten Unternehmen vor dem Hintergrund des 2023 in Kraft tretenden Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes im Wege einer freiwilligen Selbstverpflichtung verantwortungsvolle Beschaffungspraktiken bzw. qualitative Produktionsstandards einführen, die existenzsichernde Löhne in den Herkunftsländern der von den Unternehmen eingekauften Bananen gewährleisten sollen. Es handelt sich dabei also um Maßnahmen, die die Unternehmen in ihrer Rolle als Zwischenhändler eines Verbrauchsguts (be-)treffen, und nicht um Kollusionen, die die Unternehmen in ihrer Rolle als Arbeitgeber in Bezug auf ihr Personal (be-)treffen.

Obwohl es in ihrem Zusammenhang fraglos auch zu Kollusionen zwischen Arbeitgebern hinsichtlich des Arbeitsmarktes kommt, werden zudem sämtliche Fragen, die sich aus kartellrechtlicher Sicht im Zusammenhang mit Tarifverhandlungen und -verträgen stellen, ebenfalls ausgeklammert.[45] Die Gründe dafür sind zum einen, dass in diesem Rahmen auch die Arbeitnehmerseite – zumindest teilweise – an den in diesem Zusammenhang stattfindenden Arbeitgeber-Kollusionen mitwirkt,[46] und zum anderen, dass in diesem Bereich – im Gegensatz zu den hier behandelten Fragen – bereits einige einschlägige kartellrechtliche Leitentscheidungen existieren,[47] sodass für die Praxis bereits eine gewisse Rechtssicherheit besteht. Zwar wird das Verhältnis von Kartell- und Tarifvertragsrecht im Detail noch nicht als abschließend geklärt angesehen,[48] jedoch handelt es sich bei diesem Thema um einen „juristischen Dauerbrenner“[49], der inzwischen

45 Siehe zu der vom EuGH in diesem Zusammenhang entwickelten – begrenzten – kartellrechtlichen Bereichsausnahme jedoch näher unten S. 127ff. In diesem Zusammenhang ist noch darauf hinzuweisen, dass Kollusionen zwischen Arbeitgebern *außerhalb* von Tarifverträgen und -verhandlungen auch deshalb immer wichtiger werden, weil der Anteil der Beschäftigten mit Tarifbindung kontinuierlich sinkt (IAB, Artikel v. 22.05.2019).

46 Von den hier untersuchten Kollusionen zwischen Arbeitgebern erfahren die Arbeitnehmer hingegen in aller Regel nichts; siehe die Nachweise in Fn. 543. Aufgrund der Beteiligung der Arbeitnehmerseite werden ferner (arbeitnehmerrelevante) Informationsaustausche zwischen Mitgliedern der Betriebsräte oder Sprecherausschüsse verschiedener Arbeitgeber in dieser Untersuchung nicht behandelt; siehe dazu *Ott*, ZWeR 2022, 200, 215ff.

47 Insbesondere EuGH, Urt. v. 21.09.1999 – C-67/96, Slg. 1999, I-5751 = ZIP 2000, 34 – *Albany*; EuGH, Urt. v. 04.12.2014 – C-413/13, EuZW 2015, 313 – *FNV Kunsten Informatie en Media*.

48 So *Höpfner*, S. 586.

49 *Viol*, S. 33

schon so häufig Gegenstand umfangreicher Darstellungen war,[50] dass eine erneute eingehende Erörterung wegen Wiederholungsgefahr nicht angezeigt erscheint.

Ausgeklammert werden ferner die ebenfalls häufig u.a. im Zusammenhang mit Tarifverträgen diskutierten Gehaltsobergrenzen im Profisport, insbesondere im Profifußball. Hauptsächlich diskutiert werden insofern teambezogene Gehaltsobergrenzen („salary caps"), die für jeden betroffenen Verein eine absolute oder relative Höchstgrenze der Gesamtgehälter der beschäftigten Sportler vorsehen.[51] Diese Fälle werden ausgeklammert, da sich die hiesige Untersuchung auf derzeit schon praxisrelevante Fallgruppen konzentrieren soll und derartige Gehaltsobergrenzen zumindest in Deutschland zum jetzigen Zeitpunkt nicht existieren.[52] Die (kartell-)rechtliche Problematik von Gehaltsobergrenzen im Profisport wurde außerdem gerade in jüngerer Zeit vermehrt ausführlich erörtert,[53] sodass eine Behandlung dieser Fallgruppe wiederum eher repetitiv wäre. Dasselbe gilt für die kartellrechtliche Analyse der bestehenden „Transferregelungen" im Profi(fußball)sport,[54] die deshalb ebenfalls nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist.

---

50 Z.B. *Mohr*, in: MüKo, EU, Grundlagen Rn. 1256ff.; *Ulber*, in: NoKo, TVG, Einleitung Rn. 748ff.; *Viol*, passim; *Höpfner*, S. 522ff.; *von Wallwitz*, passim; *Immenga*, passim; *Hendriks*, S. 120ff.; *Poth*, passim; *Mühlbach*, passim; *Breideneichen*, passim; *Mohr*, EuZA 2018, 436. *Rieble*, ZWeR 2016, 165, 167 hebt treffend hervor, dass die umfangreiche Literatur zu dieser Thematik inzwischen „Bibliotheken füllt".

51 Zusammenfassend zu den verschiedenen diskutierten Arten von Gehaltsobergrenzen jüngst *Fischinger/Kainer*, SpoPrax 2021, 6ff.; *Hahn*, S. 62ff.

52 Anders ist dies etwa in den USA, wo alle großen Profiligen eine gewisse Form von Gehaltsobergrenzen eingeführt haben; siehe dazu und zu den erheblichen Unterschieden zwischen den europäischen und den US-amerikanischen Profiligen, die die Einführung von Gehaltsobergrenzen in den USA erheblich vereinfach(t)en, etwa *Henneberg*, S. 33ff., 256ff.; *Heermann*, CaS 2017, 191. Vgl. auch die vor dem Hintergrund der Corona-Krise eingeführten und aufgrund von (kartell-)rechtlichen Bedenken innerhalb kurzer Zeit wieder gekippten Gehaltsobergrenzen in der 1. portugiesischen Frauen-Fußballliga (Federação Portuguesa de Futebol, News v. 24.06.2020; AdC, Empfehlung v. 26.06.2020) sowie in der 3. und 4. englischen Männer-Fußballliga (English Football League, News v. 09.02.2021). Vgl. ferner COFECE, PM v. 23.09.2021; SIC, PM v. 28.11.2021.

53 Siehe z.B. Bundestag, WD 10 – 3000 – 031/20; Bundestag, PE 6 – 3000 – 060/20; *Henneberg*, passim; *Hannamann*, in: Vieweg, S. 159; *Bahners*, SpuRt 2003, 142; *Lange*, SpuRt 2010, 234; *Heermann*, NZKart 2015, 128; *Fischinger/Kainer*, SpoPrax 2021, 6 sowie SpoPrax 2021, 56; *Ianc/Bach*, NZKart 2021, 333; *Hahn*, passim.

54 Siehe z.B. *Beisenherz*, S. 118ff.; *Kliesch*, S. 290ff.; *Hannamann*, in: Vieweg, S. 159; *Heermann*, NZKart 2015, 128; vgl. auch Schlussanträge EuGH-Generalanwalt

Die Untersuchung klammert schließlich die UWG-rechtliche Zulässigkeit der Abwerbung an sich aus, da die grundsätzliche Zulässigkeit der Abwerbung allgemein anerkannt ist[55] und die genaue Abgrenzung zwischen zulässigem und unlauterem Abwerbeverhalten für die kartellrechtliche Bewertung der Abwerbeverbote nicht entscheidend ist. Letzteres ergibt sich daraus, dass das Kartellrecht nach seinem Regelungszweck einen wettbewerblichen Freiraum sichern soll, in dem Unternehmen miteinander konkurrieren, während das Lauterkeitsrecht lediglich bestimmte Verhaltensweisen innerhalb dieses Freiraums ausschließt.[56]

Das erste zentrale Ziel dieser Untersuchung ist es, herauszuarbeiten, wie Arbeitgeber-Kollusionen nach den einschlägigen europäischen und deutschen Vorschriften zum Kartellverbot (Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB) zu bewerten sind. Diese Arbeit soll demnach dazu beitragen, die Vorgaben des Kartellverbots für Arbeitsmärkte in diesem Bereich zu konkretisieren. Es soll insofern auch der „Spielraum" ermittelt werden, der Arbeitgebern für solche Kollusionen aus kartellrechtlicher Sicht in Deutschland und der EU verbleibt. Dabei werden einzelne, besonders wichtige Fallgruppen von Arbeitgeber-Kollusionen in den Blick genommen und im Hinblick auf ihre Kartellrechtsmäßigkeit im Einzelnen analysiert.[57] Der klare Fokus liegt insofern auf den besonders praxisrelevanten und repräsentativen Einstellungs- und Abwerbeverboten. Als zweites zentrales Ziel wird untersucht, ob die derzeit geltenden kartellrechtlichen Vorschriften in Deutschland und der EU überhaupt dazu geeignet sind, die genannten Kollusionen (sachgerecht) zu erfassen, oder ob insofern ggf. Reformbedarf besteht.

Lenz v. 20.09.1995 – C-415/93, Slg. 1995, I-4921 Rn. 253ff. – *Bosman*; *Kordel*, S. 231ff.

55 Siehe BGH, Urt. v. 17.03.1961 – I ZR 26/60, NJW 1961, 1308, 1309 – *Spritzgußmaschine*; BGH, Urt. v. 04.03.2004 – I ZR 221/01, BGHZ 158, 174, 178 = NJW 2004, 2080 – *Direktansprache am Arbeitsplatz*; BGH, Urt. v. 30.04.2014 – I ZR 245/12, BGHZ 201, 205 = NJW 2014, 3442 Rn. 28 – *Abwerbeverbot*; OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 15.05.2018 – 6 W 39/18, GRUR-RR 2019, 28 Rn. 6; *Köhler*, in: K/B/F, § 4 UWG Rn. 4.103; *Jänich*, in: MüKo, UWG, § 4 Nr. 4 UWG Rn. 85; *Middendorf*, in: G/P, Abwerbung Rn. 2; *Sahavi*, S. 153; *Salger/Breitfeld*, BB 2004, 2574; dazu auch unten S. 185f.

56 Siehe *Sosnitza*, in: MüKo, UWG, Grundlagen Rn. 26ff.; *Mäger*, in: S/J/K, § 17 Rn. 4; näher zu dem Regelungszweck und den Zielen des Kartellrechts unten S. 47ff., 87ff.

57 Dies unterscheidet die vorliegende Untersuchung insbesondere von der (zudem bereits etwas älteren) Darstellung von *Kordel*; siehe dazu bereits oben Fn. 41.

Um diese Ziele zu erreichen, werden zum einen die einschlägigen deutschen und europäischen Kartellverbotsvorschriften sowie die dazu ergangene Rechtsprechung und Literatur eingehend im Hinblick auf die jeweils gegenständlichen Arbeitgeber-Kollusionen untersucht. Dabei wird auch der Frage nachgegangen, inwiefern die Regelungszwecke und Ziele des deutschen und europäischen Kartellrechts die Tatbestandserfüllung der Kartellverbotsvorschriften und die Kartellrechtsverfolgung in diesem Zusammenhang beeinflussen. Zum anderen wird ein (Rechts-)Vergleich zu der Entwicklung der Thematik in den USA gezogen. Ein solcher bedarf – aufgrund der Stellung der USA als „Mutterland" des Kartellrechts[58] – in kartellrechtlichen Darstellungen im Grunde keiner großen weiteren Erläuterung, bietet sich jedoch in dem vorliegenden Zusammenhang besonders an. Denn Arbeitgeber-Kollusionen bilden in den USA – wie bereits erwähnt – inzwischen einen Schwerpunkt der behördlichen (und privaten) Kartellverfolgung. Aufgrund dessen gibt es aus den USA bereits zahlreiches Fall- und damit Anschauungs- sowie Vergleichsmaterial. Zwar sind auch in den USA in diesem Zusammenhang noch nicht alle rechtlichen Fragen im Einzelnen abschließend geklärt, jedoch ist die rechtliche Diskussion der Thematik in der Behördenpraxis, Rechtsprechung und Literatur dort bereits sehr viel weiter vorangeschritten als in Deutschland und der EU. Zudem wird im Schrifttum gerade für diese Thematik prognostiziert, dass die Entwicklung und Entscheidungspraxis in den USA Vorbildfunktion für die deutsche und europäische Kartellrechtspraxis haben wird.[59] Diese Einschätzung erscheint zutreffend, da die Entwicklungen im US-Kartellrecht regelmäßig (großen) Einfluss auf das deutsche und europäische Kartellrecht haben.[60] Angesichts der in Deutschland und der EU bislang fehlenden Entscheidungspraxis wird insofern vorrangig untersucht, inwiefern die US-amerikanischen Lösungen, Erfahrungen und Erkenntnisse für die Lösung der untersuchungsgegenständlichen Fragen

58 *Maxeiner*, S. 1; *Eufinger*, RIW 2017, 481.

59 So *Brinker*, NZKart 2015, 209, 210; zustimmend: *Eufinger*, RIW 2017, 481; *Linsmeier*, BB 2018, 515, 519; dazu auch *Linsmeier/Mächtle*, NZKart 2015, 258, 261; *Heinemann*, WuW 2020, 371, 372.

60 Siehe dazu insbesondere *Fleischer/Körber*, WuW 2001, 6, die festhalten, dass das US-Kartellrecht mit seinem reichhaltigen Erfahrungsschatz schon vielfach Pate für das europäische Kartellrecht stand und dass sich die EU-Kommission und die EU-Gerichte bei neuartigen Fragen immer wieder an dem US-Kartellrecht orientiert haben und diesem nicht selten (zumindest teilweise) gefolgt sind; dazu auch *Quante*, S. 9.

in Deutschland und der EU dienlich sein können.[61] Durch diese Methodik soll vor allem auch dem o.g. zweiten zentralen Ziel der Darstellung, der Untersuchung der Geeignetheit und Sachgerechtigkeit der deutschen und europäischen Kartellverbotsnormen im Hinblick auf die Kollusions-Thematik, Rechnung getragen werden. Darüber hinaus wird die Untersuchung an ein paar Stellen auch einen kurzen Blick auf relevante Entwicklungen in anderen Jurisdiktionen werfen.

Die Geeignetheit des kartellrechtlichen Vergleichs zu den Entwicklungen in den USA wird im Übrigen nicht durch die bestehenden Unterschiede zwischen dem deutschen und dem US-amerikanischen *Arbeits*recht aufgehoben oder entwertet. Wesentliche Unterschiede bestehen insofern nämlich nur bzw. vor allem im Hinblick auf den Kündigungsschutz der *Arbeitnehmer*seite, der in den USA erheblich schwächer ausgestaltet ist.[62] In den hier untersuchungsgegenständlichen Fällen zielen die Arbeitgeber allerdings ohnehin nicht darauf ab, das Arbeitsverhältnis mit ihren Arbeitnehmern zu beenden. Vielmehr geht es ihnen etwa in der zentralen Fallgruppe der Einstellungs- und/oder Abwerbeverbote maßgeblich um eine Verhinderung der Kündigung durch die Arbeitnehmer.[63] In diesem Bereich sind die arbeitsrechtlichen Unterschiede indes geringfügig, da der von der Rechtsordnung vorgesehene Kündigungsschutz der *Arbeitgeber*seite sowohl in den USA[64] als auch in Deutschland[65] minimal ist.

C. Gang der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich nach der Einleitung in sechs weitere Teile auf: Im zweiten Teil der Untersuchung wird eine kurze, weitgehend abstrakte Einführung in die für den weiteren Verlauf der Arbeit relevanten Aspekte

---

61 Siehe zu dieser Funktion des Rechtsvergleichs etwa *Haase*, JA 2005, 232, 237.

62 Ausführlich zum Vergleich des Kündigungsschutzes der Arbeitnehmerseite in Deutschland und den USA *Kittner/Kohler*, BB-Beil. 4/2000, 1; näher zur Kündigung von Arbeitsverhältnissen in den USA auch *Corbett*, 41 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 63 (2020).

63 Näher dazu unten S. 187ff.

64 Die im US-Arbeitsrecht im Grundsatz geltende „employment-at-will"-Doktrin – also die freie Kündbarkeit des Arbeitsverhältnisses – gilt nämlich nicht nur für die Kündigung durch den Arbeitgeber, sondern auch für die Kündigung durch den Arbeitnehmer; siehe z.B. Dressel v. Uddeholm Corp., No. 92-C-1024, 1992 WL 69990, Rn. 1 (N.D. Ill. Mar. 31, 1992); Winder v. Erste, 566 F.3d 209, 217 (D.C. Cir. 2009).

65 Näher dazu unten S. 188f.

des deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrechts vorgenommen. Erörtert werden zunächst die Rechtsquellen, Ziele und Regelungszwecke des Kartellrechts in den verschiedenen Jurisdiktionen und sodann die einschlägigen Kartellverbotsnormen (Art. 101 AEUV, § 1 GWB und § 1 Sherman Act[66]). Dargestellt werden insofern die Tatbestände und Rechtsfolgen der Kartellverbote sowie die privaten und behördlichen Durchsetzungsmöglichkeiten. Es wird zudem auf die kartellbehördlichen Zuständigkeiten zur Kartellverfolgung eingegangen und zu einigen – für den weiteren Verlauf der Arbeit relevanten – *allgemeinen* kartellrechtlichen Fragen Stellung genommen.

Anschließend wird im dritten Teil der Untersuchung der Arbeitsmarkt- und der Nachfragewettbewerb aus ökonomischer Sicht in Augenschein genommen. Diese Betrachtung ist angezeigt und erforderlich, da der Arbeitsmarkt- und der Nachfragewettbewerb aus ökonomischer Sicht Besonderheiten aufweisen, die auch für die nachfolgende kartellrechtliche Betrachtung von Bedeutung sein können.

Im vierten Teil der Arbeit wird sodann untersucht, ob und inwiefern der Arbeitsmarktwettbewerb überhaupt kartellrechtlich relevant ist. Da die Durchsetzung des Kartellverbots auf dem Arbeitsmarkt in Deutschland und der EU, wie bereits erwähnt, bisher nur in einem sehr geringem Maße praktisch relevant geworden ist, stellt sich die Frage, ob Arbeitgeber-Kollusionen möglicherweise aus *fallübergreifenden* Gründen von vornherein nicht dazu geeignet sind, gegen das Kartellverbot zu verstoßen.

Nachfolgend stellt der fünfte Teil der Untersuchung den derzeitigen Stand der Durchsetzung des Kartellverbots auf dem Arbeitsmarkt näher dar. Es wird insoweit ein Blick auf die europäische Ebene sowie auf Deutschland, die USA und auch andere Jurisdiktionen geworfen.

Im sechsten Teil der Untersuchung werden in der Folge verschiedene, besonders praxisrelevante Fallgruppen von Arbeitgeber-Kollusionen auf dem Arbeitsmarkt im Einzelnen kartellrechtlich analysiert. Die Auswahl der Fallgruppen orientiert sich vor allem an ihrer praktischen Relevanz, sodass der Schwerpunkt der (gesamten) Untersuchung auf der Fallgruppe der Einstellungs- und Abwerbeverbote liegt. Als weitere wichtige Fallgruppen werden Kollusionen zwischen Arbeitgebern im Hinblick auf die Arbeitnehmerentgelte und Informationsaustausche zwischen Arbeitgebern

66 15 U.S.C. § 1.

zu Personalfragen untersucht. Ausgewählte sonstige Kollusionen über den Arbeitsmarktwettbewerb schließen die Fallgruppenbetrachtung ab.

Der siebte Teil schließt die Untersuchung mit einer Schlussbetrachtung ab.

2. Teil: Allgemeiner Teil: Einführung in das für den weiteren Verlauf relevante Kartellrecht

Die nachfolgende Einführung in das deutsche, europäische und US-amerikanische Kartellrecht[67] behandelt die für den weiteren Verlauf der Arbeit relevanten kartellrechtlichen Aspekte weitgehend abstrakt und stellt eine Orientierungshilfe für die nachfolgenden Ausführungen dar. Die knappe Einführung bildet und schafft demnach (lediglich) die Grundlage für die im weiteren Verlauf dieser Arbeit untersuchte Anwendung des Kartellrechts auf die untersuchungsgegenständlichen Arbeitgeber-Kollusionen. Sie dient zudem dazu, die Zusammenhänge und Verhältnisse zwischen den einzelnen Regelungen und Rechtsordnungen sowie die zentralen Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu beleuchten. Weiterhin werden einige für den weiteren Gang der Untersuchung relevante – allgemeine – kartellrechtliche Fragen geklärt.

A. Rechtsquellen des Kartellrechts

I. EU

Das primäre EU-Recht enthält in den Art. 101 bis 106 AEUV die wesentlichen kartellrechtlichen Vorschriften. Für den weiteren Verlauf der Arbeit ist insofern insbesondere das Kartellverbot in Art. 101 AEUV relevant. Aus dem sekundären EU-Recht sind für diese Untersuchung vorrangig die Gruppenfreistellungsverordnungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV von besonderer Bedeutung. Wichtig für die Praxis sind zudem die nicht zum sekundären EU-Recht gehörenden Bekanntmachungen, Leitlinien und sonstigen Mitteilungen der EU-Kommission.[68] Diese sollen Unternehmen und (na-

---

67 Siehe zur Abgrenzung und Bezeichnung des Rechtsgebiets etwa *Meessen/Kersting*, in: L/M/R/K/M, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht Rn. 3ff. Im Folgenden wird (dem überwiegenden Sprachgebrauch folgend) die Bezeichnung „Kartellrecht" verwendet und auch das „Antitrust"-Recht der USA als (US-)Kartellrecht bezeichnet.

68 *Käseberg*, in: Bunte, EU, Einleitung Rn. 23; *Wiedemann*, in: Wiedemann, § 1 Rn. 27.

tionalen) Gerichten die Rechtsauffassung der EU-Kommission darlegen und führen grundsätzlich zu einer Selbstbindung der EU-Kommission in den von ihnen behandelten Fragen.[69] Ihnen kommt nach h.M. keine Bindungswirkung für die EU-Gerichte oder die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten zu.[70] Allerdings werden sie in vielen Mitgliedstaaten praktisch beinahe wie Gesetze behandelt, da nationale Unternehmen, Behörden und Gerichte Abweichungen von der Praxis der EU-Kommission regelmäßig vermeiden wollen.[71]

Das (primäre und sekundäre) EU-Kartellrecht ist – innerhalb seines Anwendungsbereichs – unmittelbar geltendes Recht in Deutschland.[72] Art. 3 VO Nr. 1/2003 geht insofern von einer grundsätzlich parallelen Anwendbarkeit des nationalen und des europäischen Kartellrechts aus, hält jedoch in seinem Abs. 2 Satz 1 fest, dass Art. 101 AEUV – entsprechend des allgemeinen Anwendungsvorrangs des EU-Rechts – der deutschen Kartellverbotsnorm im Konfliktfall grundsätzlich vorgeht (vgl. auch § 22 GWB).[73]

II. Deutschland

Das deutsche Kartellrecht findet sich im am 01.01.1958 in Kraft getretenen und inzwischen mehrfach novellierten GWB. Die Kartellverbotsnorm befindet sich in § 1 GWB, dessen heutige Fassung im Wesentlichen Art. 101

---

69 EuGH, Urt. v. 13.12.2012 – C-226/11, EuZW 2013, 113 Rn. 24ff. – *Expedia*; *Meessen/Kersting*, in: L/M/R/K/M, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht Rn. 73; *Schröter*, in: G/S/H, Art. 101 bis 105 AEUV Vorbemerkung Rn. 14ff.; *Wiedemann*, in: Wiedemann, § 1 Rn. 27; *Pampel*, EuZW 2005, 11. Siehe zu den Grenzen der Selbstbindung der EU-Kommission durch ihre Mitteilungen unten S. 445f.

70 EuGH, Urt. v. 13.12.2012 – C-226/11, EuZW 2013, 113 Rn. 24ff. – *Expedia*; BGH, Urt. v. 23.06.2009 – KZR 58/07, NJW-RR 2010, 615 Rn. 21 – *Gratiszeitung Hallo*; *Käseberg*, in: Bunte, EU, Einleitung Rn. 24; *Grave/Nyberg*, in: L/M/R/K/M, §§ 1 bis 3 GWB Vorbemerkung Rn. 37; *Pampel*, EuZW 2005, 11, 12f.; a.A. aber *Schweda*, WuW 2004, 1133, 1139ff.

71 *Emmerich/Lange*, § 2 Rn. 10; *Immenga*, in: I/K, S. 9, 25; *Mestmäcker*, in: FS Möschel, S. 409, 419ff.; *Hertfelder*, S. 46.

72 EuGH, Urt. v. 14.12.2000 – C-344/98, Slg. 2000, I-11369 = NJW 2001, 1265 Rn. 47 – *Masterfoods and HB*; *Weiß*, in: C/R, Art. 101 AEUV Rn. 24; *Kirchhoff*, in: MüKo, EU, Grundlagen Rn. 1539.

73 Im Einzelnen dazu *Schröter*, in: G/S/H, Art. 101 bis 105 AEUV Vorbemerkung Rn. 159ff.

Abs. 1 Hs. 1 AEUV entspricht.[74] Der deutsche Gesetzgeber hat sich insofern – auch außerhalb des Anwendungsbereichs der EU-Kartellverbotsnorm – dazu entschieden, die deutsche Kartellverbotsnorm an die europäische Kartellverbotsnorm anzugleichen.[75] Nach § 53 Abs. 1 Satz 3 GWB veröffentlicht das Bundeskartellamt, als bedeutendste deutsche Kartellbehörde (vgl. § 48 Abs. 1 GWB), fortlaufend seine Verwaltungsgrundsätze. Diesen Merkblättern und Bekanntmachungen kommt dieselbe Wirkung zu wie den Bekanntmachungen der EU-Kommission.[76]

III. USA

Das US-Kartellrecht besteht sowohl aus Bundesrecht als auch aus der Gesetzgebung der einzelnen Bundesstaaten. Da die einzelstaatlichen Bestimmungen jedoch im Wesentlichen dem Bundesrecht entsprechen und diese im Übrigen aufgrund der zunehmend nationalen Reichweite der Sachverhalte vom Bundesrecht überwiegend verdrängt werden,[77] kann sich die nachfolgende Darstellung auf das Bundes-Kartellrecht beschränken. Das US-Kartellverbot ist in § 1 Sherman Act normiert und seit 1890 in Kraft. Auch die Bekanntmachungen und Leitlinien der US-Kartellbehörden entfalten keine rechtliche Bindung für die US-Gerichte.[78]

B. Ziele und Regelungszwecke des Kartellrechts und der Kartellverbotsnormen

Es wird zumeist davon ausgegangen, dass die allgemeine Aufgabe bzw. das allgemeine Ziel des Kartellrechts vor allem der Schutz des Wettbewerbs sei.[79] Es haben sich in den vergangenen Jahren jedoch verschiedene

---

74 Siehe zu den (minimalen) Unterschieden zwischen den beiden Normen auf Tatbestandsebene unten S. 73ff.

75 Bundesregierung, BT-Drs. 15/3640, S. 23; *Bechtold/Bosch*, § 1 GWB Rn. 4; siehe zur genauen Reichweite der Angleichung unten S. 87ff.

76 *Wiedemann*, in: Wiedemann, § 1 Rn. 45; *Quellmalz*, in: L/M/R/K/M, § 53 GWB Rn. 3.

77 *Quante*, S. 49; *Raeder*, S. 85.

78 Ill. Tool Works Inc. v. Indep. Ink, Inc., 547 U.S. 28, 45 (2006); United States v. Kinder, 64 F.3d 757, 771 (2d Cir. 1995).

79 So z.B. *Meessen/Kersting*, in: L/M/R/K/M, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht Rn. 5; *Wiedemann*, in: Wiedemann, § 1 Rn. 1; *Mäger*, in: S/J/K, § 17 Rn. 2; *Emmerich/Lange*, § 1 Rn. 1; *Raeder*, S. 231; *Gifford/Kudrle*, 62(2) Antitrust Bull. 239, 253 (2017).

Schwerpunkte entwickelt, die die Praxis und die Literatur in den verschiedenen Jurisdiktionen hinsichtlich der Zielrichtung des Kartellrechts im Einzelnen setzen und die die Kartellrechtsverfolgung jeweils maßgeblich beeinflussen.[80] Bevor jedoch die einzelnen Ansichten und Schwerpunkte in den verschiedenen Jurisdiktionen erörtert werden, werden im Folgenden die jeweiligen gesetzlichen Vorgaben bzw. Grundlagen in den Blick genommen.

I. EU

1. Gesetzliche Vorgaben

Ein zentrales Ziel der EU ist nach Art. 3 Abs. 3 und Abs. 4 EUV die Errichtung eines Binnenmarktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion. Für die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln hat die EU gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV die ausschließliche Zuständigkeit. Nach dem Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb[81], welches nach Art. 51 EUV als Bestandteil des europäischen Primärrechts anzusehen ist,[82] umfasst der Binnenmarkt ein System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt.[83] Auch Art. 119 Abs. 1 AEUV bestimmt, dass die Tätigkeit der EU-Mitgliedstaaten und der EU die Einführung einer Wirtschaftspolitik umfasst, die dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist. Die gesetzlichen Vorgaben der EU sehen demnach insgesamt ein System des freien und unverfälschten Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes vor.[84] Das Ziel der Bestimmungen des EU-Kartellrechts ist es insofern, dieses System vor möglichen Beschränkungen durch private (unternehmerische) Maßnahmen zu schützen.[85] Eine Definition des „Wettbewerbs" enthält der AEUV jedoch nicht, der Begriff wird vielmehr begriff-

80 *Herdegen*, § 22 Rn. 3; *Kaeding*, S. 37.
81 ABl. 2008 C 115/309.
82 Aus diesem Grund hat der Umstand, dass sich die Schaffung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs als Aufgabe der Union seit dem Vertrag von Lissabon nicht mehr unmittelbar aus den Verträgen selbst ergibt, auch keine Auswirkungen auf die Rechtslage (*Herdegen*, § 22 Rn. 1; *Kaeding*, S. 37).
83 Siehe zu alldem auch *Mäger*, in: S/J/K, § 17 Rn. 2; *Herdegen*, § 22 Rn. 1ff.
84 Siehe dazu auch *Mäger*, in: S/J/K, § 17 Rn. 2; *Raeder*, S. 231; *Kaeding*, S. 37.
85 Das EU-Beihilfenrecht soll dieses System hingegen vor Beschränkungen aufgrund von staatlichen Maßnahmen schützen (*Emmerich/Lange*, § 3 Rn. 1f.). Siehe zur

lich vorausgesetzt.[86] Aus den zentralen Vorschriften des EU-Kartellrechts (Art. 101, 102, 106 AEUV) ergeben sich keine ausdrücklichen, darüber hinausgehenden Ziele des Rechtsgebiets.[87]

2. EU-Kommission

Die EU-Kommission, als primär zuständige Stelle zur Durchsetzung des EU-Kartellrechts,[88] berücksichtigt bei ihrer Kartellrechtsverfolgung seit einigen Jahren insbesondere den sog. „more economic approach".[89] Hinter diesem Schlagwort versteckt sich eine Effekt-, Effizienz-, Verbraucher- und Wohlfahrtsorientierung der EU-Kommission – mit freilich unscharfen Konturen – im Hinblick auf die Interpretation und Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften.[90] Diese Entwicklung begann schon in den 1990er Jahren[91] und wurde von der EU-Kommission im Jahre 1999 schließlich in das Weißbuch über die Modernisierung des Europäischen Kartellrechts aufgenommen[92]. In den Leitlinien für vertikale Beschränkungen aus dem Jahre 2000 hielt die EU-Kommission fest, dass „[d]er Schutz des Wettbewerbs zum Wohle der Verbraucher und zur effizienten Verteilung der Ressourcen […] das Hauptziel der EG-Wettbewerbspolitik [ist]."[93] Im Jahre 2004 führte die EU-Kommission in ihren Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3 EGV (heute: Art. 101 Abs. 3 AEUV) aus, dass Art. 101 AEUV „den Wettbewerb im Markt schützen [soll], um den Wohlstand der Verbraucher zu fördern und eine effiziente Ressourcenallokation zu gewährleisten. Wettbewerb und Marktintegration dienen diesen Zielen […]."[94]

Anwendbarkeit des Kartellverbots auf die Tätigkeiten der öffentlichen Hand unten S. 139ff.

86 *Mäger*, in: S/J/K, § 17 Rn. 2; *Wiedemann*, in: Wiedemann, § 1 Rn. 3; *Kaeding*, S. 40.

87 *Jones/Sufrin*, S. 43.

88 Näher zur Zuständigkeit unten S. 72f.

89 Ausführlich dazu etwa *Ondrejka*, passim; *Palatzke*, passim; *Hertfelder*, passim.

90 *Jones/Sufrin*, S. 46; *Emmerich/Lange*, § 1 Rn. 14; *Kreifels*, S. 77; *Eckert/Schmidt*, in: WiR, S. 103, 106f.; *Heinemann*, GRUR 2008, 949; *Jones/Kovacic*, 62(2) Antitrust Bull. 254, 277 (2017).

91 Siehe dazu im Einzelnen *Weiß*, S. 68; *Jones/Sufrin*, S. 46 (jeweils m.w.N.).

92 EU-Kommission, Weißbuch, Rn. 78.

93 EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rn. 7.

94 EU-Kommission, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rn. 13.

Auch nachfolgende Mitteilungen der EU-Kommission fügen sich in diese Linie ein.[95]

Die EU-Kommission geht danach in ihren Mitteilungen im Grundsatz davon aus, dass ein freier, unverfälschter Wettbewerb nicht ohne Weiteres, das heißt um seiner selbst willen, vom EU-Kartellrecht geschützt bzw. zu schützen sei, sondern dass es vielmehr auf die Ergebnisse des Wettbewerbs ankomme, die – vor dem Hintergrund der Effizienzsteigerung und der (damit einhergehenden) Förderung der Wohlfahrt der Verbraucher – ökonomisch und nicht anhand formaler Kriterien zu ermitteln seien.[96] Die Aufrechterhaltung des freien, unverfälschten Wettbewerbs stellt für die EU-Kommission insofern lediglich ein Mittel zum Zweck der Wohlfahrtsteigerung der Verbraucher dar.[97] Dies bedeutet für die praktische Anwendung des Kartellrechts im Endeffekt, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV bei konsequenter Umsetzung dieser Grundsätze nur eingreift, wenn negative Auswirkungen für die Wohlfahrt der Verbraucher zu erwarten sind.[98] Die EU-Kommission definiert im Hinblick auf die Wohlfahrtsteigerung der Verbraucher ihr Verbraucher- und Wohlfahrtskonzept zwar häufig nicht näher, scheint sich jedoch vor allem auf das Ziel der Erreichung niedriger (End-)Verbraucherpreise zu konzentrieren und damit auf eine Steigerung der sog. Konsumenten- („consumer welfare") und nicht der Gesamtwohlfahrt („total welfare") abzuzielen.[99] Gerade in jüngerer Zeit zeigt sich allerdings, dass die EU-Kommission ihre Wettbewerbspolitik jedenfalls nicht nur an den (End-)Verbraucher(preise)n ausrichtet.[100]

---

95 Z.B. EU-Kommission, Vertikalleitlinien, Rn. 5; EU-Kommission, Technologietransfer, Rn. 5; siehe dazu auch *Wissing*, WuW 2020, 593, 594.

96 *Emmerich/Lange*, § 1 Rn. 14; *Jones/Sufrin*, S. 46f.; *Herdegen*, § 22 Rn. 3; *Kaeding*, S. 37, 59; *Weiß*, S. 68.

97 *Ondrejka*, S. 87; *Weiß*, S. 68; *Hertfelder*, S. 83; *Basedow*, WuW 2007, 712.

98 *Säcker/Zorn*, in: MüKo, EU, Art. 101 AEUV Rn. 203f.; *Mestmäcker/Schweitzer*, § 11 Rn. 31; *Eckert/Schmidt*, in: WiR, S. 103, 118.

99 *Zimmer*, in: I/M, EU, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 5f.; *Jones/Sufrin*, S. 47; *Kaeding*, S. 59f.; *Hertfelder*, S. 80f.; *Ondrejka*, S. 90; *Zimmer*, in: WiR, S. 1, 6; *Frenz*, WRP 2013, 428, 431; *Gifford/Kudrle*, 62(2) Antitrust Bull. 239, 243f. (2017). Ausführlich zu den verschiedenen Wohlfahrtsstandards *Hertfelder*, S. 19ff.

100 Siehe dazu im Einzelnen unten S. 115ff.

3. Literatur

Der „more economic approach" wird von der Literatur größtenteils kritisch gesehen, wobei vor allem das fehlende klare Profil des Ansatzes, die fehlende Praktikabilität, die fehlende Rechtssicherheit und die fehlende gesetzliche Anknüpfung an die Normen des EU-Kartellrechts kritisiert werden.[101] Der größte Teil der Literatur lehnt diesen Ansatz daher ab und betont, dass das EU-Kartellrecht und speziell das EU-Kartellverbot – nach seinen gesetzlichen Grundlagen – den Schutz des freien, unverfälschten Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes als solchen zum Ziel habe.[102] Zum Teil wird die Verbraucherwohlfahrt oder der Verbraucherschutz von der Literatur jedoch als zusätzliches, weitergehendes Ziel angesehen bzw. akzeptiert.[103] Jedenfalls eine *allein* verbraucher- und wohlfahrtsorientierte Zwecksetzung des EU-Kartellrechts und EU-Kartellverbots wird ganz überwiegend ausdrücklich abgelehnt.[104]

Während die gesetzlichen Vorgaben des EU-Kartellrechts den zentralen Begriff des „Wettbewerbs" nicht definieren, finden sich in der Literatur diesbezüglich eine Vielzahl von Lösungsansätzen und -vorschlägen.[105] Häufig wird jedoch vertreten, dass sich eine rechtlich verbindliche und abschließende Definition nicht anbiete und eine solche auch nicht erforderlich sei.[106] Aus diesem Grund überwiegt heute wohl die Ansicht, die den Wettbewerb bloß als ein hochkomplexes System von – ergebnisoffenen – Prozessen beschreibt, das entsteht, wenn die Marktakteure von ihren wirt-

---

101 So z.B. *Brömmelmeyer*, in: FraKo, AEUV, Art. 101 AEUV Rn. 13f.; *Wiedemann*, in: Wiedemann, § 7 Rn. 17ff.; *Raeder*, S. 233ff.; *Kaeding*, S. 58ff.; *Behrens*, in: FS Möschel, S. 115; *Basedow*, WuW 2007, 712; *Frenz*, WRP 2013, 428.

102 *Brömmelmeyer*, in: FraKo, AEUV, Art. 101 AEUV Rn. 14; *Bechtold/Bosch/Brinker*, Art. 101 AEUV Rn. 1; *Schröter*, in: G/S/H, Art. 101 AEUV Rn. 15; *Schuhmacher*, in: G/H/N, Art. 101 AEUV Rn. 8; *Käseberg*, in: Bunte, EU, Einleitung Rn. 5; *Immenga*, in: I/K, S. 9, 29; *Hertfelder*, S. 250.

103 So etwa *Säcker*, in: MüKo, EU, Grundlagen Rn. 3ff.; *Schröter*, in: G/S/H, Art. 101 bis 109 AEUV Vorbemerkung Rn. 24; *Eckert/Schmidt*, in: WiR, S. 103, 107; *Raeder*, S. 234.

104 *Brömmelmeyer*, in: FraKo, AEUV, Art. 101 AEUV Rn. 14; *Zimmer*, in: I/M, EU, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 7; *Kaeding*, S. 62; *Kreifels*, S. 81; *Palatzke*, S. 246; *Raeder*, S. 234.

105 Überblicksartig zu verschiedenen Definitionen z.B. *Schröter*, in: G/S/H, Art. 101 AEUV Rn. 17; *Wiedemann*, in: Wiedemann, § 7 Rn. 3.

106 So z.B. *Wiedemann*, in: Wiedemann, § 7 Rn. 3; *Mäger*, in: S/J/K, § 17 Rn. 4; *Kling/Thomas*, § 2 Rn. 3; *Höpfner*, S. 524f.

schaftlichen Handlungsfreiheiten Gebrauch machen.[107] Der Wettbewerb sei vom Kartellrecht geschützt, weil er nach der wettbewerbstheoretischen Literatur und Wissenschaft positive Wirkungen erzeuge, die ohne diesen nicht oder zumindest nur schwer zu erreichen wären.[108]

4. Gerichte

Der Gerichtshof der Europäischen Union umfasst gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EUV den EuGH, das EuG und Fachgerichte. Er sichert nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Das EuG, als erstinstanzliches Gericht, hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 2006 zum Kartellverbot den „more economic approach" der EU-Kommission berücksichtigt und angewandt, indem es danach fragte, ob die streitgegenständliche Vereinbarung (auch) eine Wettbewerbsbeschränkung *zum Nachteil des Endverbrauchers* bezweckte oder bewirkte.[109] Der EuGH – und im Übrigen auch die Generalanwältin – haben dieser Ansicht im Rechtsmittelverfahren jedoch klar widersprochen und entschieden, dass diese Ansicht weder vom Wortlaut der EU-Kartellverbotsnorm noch von der bisherigen Rechtsprechung gestützt werde.[110] Aus der EU-Kartellverbotsnorm gehe erstens nicht hervor, dass nur Vereinbarungen, die den Verbrauchern bestimmte Vorteile entziehen, einen wettbewerbswidrigen Zweck haben könnten.[111] Weiterhin seien zweitens die EU-Kartellverbotsnorm und auch die übrigen Regelungen des europä-

---

107 So etwa *Meessen/Kersting*, in: L/M/R/K/M, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht Rn. 7; *Eilmansberger/Kruis*, in: Streinz, Art. 101 AEUV Rn. 50; *Mestmäcker/Schweitzer*, § 3 Rn. 4; *Emmerich/Lange*, § 1 Rn. 1f.; *Kling/Thomas*, § 2 Rn. 2, 4; *Eckert/Schmidt*, in: WiR, S. 103, 120; *Kaeding*, S. 40; *Höpfner*, S. 524.

108 *Wiedemann*, in: Wiedemann, § 1 Rn. 2; *Emmerich/Lange*, § 1 Rn. 5; *Kaeding*, S. 38. Die Literatur spricht insofern von „Wettbewerbsfunktionen" und unterscheidet zwischen wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Funktionen; überblicksartig *Höpfner*, S. 525ff.

109 EuG, Urt. v. 27.09.2006 – T-168/01, Slg. 2006, II-2969 = BeckRS 2006, 70744 Rn. 119 – *GlaxoSmithKline*.

110 Schlussanträge EuGH-Generalanwältin *Trstenjak* v. 30.06.2009 – C-501/06 P u.a., Slg. 2009, I-9291 = BeckRS 2009, 70728 Rn. 102ff. – *GlaxoSmithKline*; EuGH, Urt. v. 06.10.2009 – C-501/06 P u.a., Slg. 2009, I-9291 = WuW 2009, 1337 Rn. 62ff. – *GlaxoSmithKline*.

111 Siehe dazu und zu dem Folgenden EuGH, Urt. v. 06.10.2009 – C-501/06 P u.a., Slg. 2009, I-9291 = WuW 2009, 1337 Rn. 63 – *GlaxoSmithKline*.

ischen Kartellrechts nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur dazu bestimmt, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen. Diese Ansicht entspricht der zuvor ergangenen Rechtsprechung[112] und wurde anschließend auch wiederholt bestätigt[113], sodass sie inzwischen als st. Rspr. des EuGH anzusehen ist. Der EuGH bezieht sich in seiner Rechtsprechung insofern auch immer wieder auf die o.g. gesetzlichen Vorgaben des EU-Rechts und betont das darin angelegte System eines freien, unverfälschten Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes.[114] Diesen Ansichten des EuGH folgt im Übrigen auch ausdrücklich der BGH.[115]

Der Wettbewerb und die EU-Kartellrechtsvorschriften, insbesondere Art. 101 AEUV, sind nach dem Verständnis des EuGH vor allem von dem Gedanken des sog. Selbstständigkeitspostulats geprägt.[116] Nach diesem hat jeder Unternehmer selbstständig zu bestimmen, welche Politik er auf dem Markt betreibt. Das EU-Kartellverbot soll nach diesem Verständnis das autonome Ausüben der Handlungs- und Entscheidungsfreiheiten der Unternehmen auf dem Binnenmarkt vor privaten Beeinträchtigungen in

112 EuGH, Urt. v. 04.06.2009 – C-8/08, Slg. 2009, I-4529 = BeckRS 2009, 70612 Rn. 38 – *T-Mobile Netherlands*; siehe auch EuGH, Urt. v. 15.03.2007 – C-95/04 P, Slg. 2007, I-2331 = EuZW 2007, 306 Rn. 106 – *British Airways*.

113 EuGH, Urt. v. 07.02.2013 – C-68/12, BeckRS 2013, 80206 Rn. 18 – *Slovenská sporiteľňa*; EuGH, Urt. v. 19.03.2015 – C-286/13 P, NZKart 2015, 267 Rn. 125 – *Dole*; EuGH, Urt. v. 14.01.2021 – C-450/19, WuW 2021, 166 Rn. 34 – *Kilpailu- ja Kuluttajavirasto*.

114 So z.B. EuGH, Urt. v. 17.02.2011 – C-52/09, Slg. 2011, I-527 = EuZW 2011, 339 Rn. 20 – *TeliaSonera Sverige*; EuGH, Urt. v. 17.11.2011 – C-496/09, Slg. 2011, I-11483 = EuZW 2012, 112 Rn. 60 – *Kommission/Italien*; EuGH, Gutachten v. 30.04.2019 – Avis 1/17, EuZW 2019, 457 Rn. 178 – *CETA*.

115 BGH, Urt. v. 10.02.2011 – I ZR 136/09, BGHZ 188, 326 = EuZW 2011, 440 Rn. 33 – *Flughafen Frankfurt-Hahn*; BGH, Urt. v. 28.06.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145 = NJW 2012, 928 Rn. 17 – *ORWI*; siehe dazu auch BGH, Urt. v. 29.10.2019 – KZR 39/19, NJW 2020, 1436 Rn. 19 – *Trassenentgelte*.

116 Siehe dazu und zu dem Folgenden EuGH, Urt. v. 08.07.1999 – C-49/92 P, Slg. 1999 I-4125 = WuW 2000, 642 Rn. 116 – *Anic Partecipazioni*; EuGH, Urt. v. 23.11.2006 – C-238/05, Slg. 2006, I-11125 = EuZW 2006, 753 Rn. 52 – *Asnef-Equifax*; EuGH, Urt. v. 04.06.2009 – C-8/08, Slg. 2009, I-4529 = BeckRS 2009, 70612 Rn. 32 – *T-Mobile Netherlands*; EuGH, Urt. v. 21.01.2016 – C-74/14, EuZW 2016, 435 Rn. 27 – *Eturas*.

Form von Kollusionen zwischen Unternehmen schützen.[117] Auch insofern stimmt der BGH dem EuGH zu.[118]

II. Deutschland

1. Gesetzliche Vorgaben

Eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung, die die Ziele und Regelungszwecke des deutschen Kartellrechts beschreibt, findet sich im GWB nicht. Nach der amtlichen Begründung soll das GWB die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt.[119] Auch in den nachfolgenden Begründungen der GWB-Novellen wurde immer wieder ein funktionsfähiger, wirksamer und freier Wettbewerb als Schutzobjekt des GWB betont.[120] In diese Linie fügt sich auch die Formulierung der deutschen Kartellverbotsnorm (§ 1 GWB) ein, die nach ihrem Wortlaut den Schutz des Wettbewerbs vor Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung bezweckt. Der deutsche Gesetzgeber hat sich, wie bereits erwähnt, dazu entschieden, das nationale Kartellverbot – auch für rein nationale Sachverhalte – an das EU-Kartellverbot anzugleichen,[121] sodass für die Bestimmung des Schutzzwecks des § 1 GWB heute auch die Ziele des Art. 101 AEUV von Bedeutung sind.

---

117 *Zimmer*, in: I/M, EU, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 107; *Wiedemann*, in: Wiedemann, § 2 Rn. 3; *Emmerich/Lange*, § 3 Rn. 2; *Kaeding*, S. 43.

118 BGH, Beschl. v. 09.10.2018 – KRB 10/17, NZKart 2019, 157 Rn. 11 – *Flüssiggas IV*; BGH, Beschl. v. 13.07.2020 – KRB 99/19, NZKart 2020, 602 Rn. 31 – *Bierkartell*; BGH, Beschl. v. 18.05.2021 – KVR 54/20, WuW 2021, 517 Rn. 94 – *Booking.com*.

119 Bundesregierung, BT-Drs. 02/1158, S. 21.

120 Bundesregierung, BR-Drs. 265/71, S. 34; Bundesregierung, BT-Drs. 15/3640, S. 21.

121 Bundesregierung, BT-Drs. 15/3640, S. 21; siehe zur Reichweite der Angleichung unten S. 87ff.

2. Bundeskartellamt

Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass das Schutzobjekt des GWB der Wettbewerb in Deutschland sei.[122] Es begreift den Wettbewerb im Sinne eines ergebnisoffenen Prozesses, der in alle Richtungen zu schützen sei und beim Vorliegen einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs den Nachweis einer Schädigung der Konsumentenwohlfahrt nicht zwingend voraussetze.[123] Zwischen den Interessen der Verbraucher und dem öffentlichen Interesse an einem Schutz des funktionierenden Wettbewerbs als solchen besteht nach der Ansicht des Bundeskartellamts jedoch ein weitgehender Gleichlauf.[124] Die Durchsetzung des Kartellrechts und des Kartellverbots wirke sich nämlich regelmäßig mittelbar oder unmittelbar zugunsten der Verbraucher aus.

3. Literatur

In der Literatur wird ebenfalls regelmäßig hervorgehoben, dass das GWB im Allgemeinen und § 1 GWB im Speziellen die Freiheit des Wettbewerbs schütze und Wettbewerbsbeschränkungen verhindern solle.[125] Hinsichtlich des Problems der Definition des „Wettbewerbs" entsprechen die Lösungsansätze im Hinblick auf das GWB denen im Hinblick auf den AEUV. Der Schutz von Verbraucherinteressen ist nach Ansicht der ganz überwiegenden Literatur kein unmittelbarer und erst recht nicht der alleinige Zweck des GWB.[126]

4. Gerichte

Der BGH betont in seiner Rechtsprechung ebenfalls, dass die Sicherung der Freiheit des Wettbewerbs das Ziel des GWB sei.[127] Auch der BGH

122 So Bundeskartellamt, Informationsbroschüre, S. 6.
123 Bundeskartellamt, Nachfragemacht, S. 13; Bundeskartellamt, Verbraucher, S. 5.
124 Siehe dazu und zu dem Folgenden Bundeskartellamt, Verbraucher, S. 5f.
125 Z.B. *Grave/Nyberg*, in: L/M/R/K/M, §§ 1 bis 3 GWB Vorbemerkung Rn. 24; *Bechtold/Bosch*, Einführung Rn. 51; *Käseberg*, in: Bunte, GWB, Einleitung Rn. 127.
126 So ausdrücklich etwa *Bechtold/Bosch*, Einführung Rn. 55; *Grave/Nyberg*, in: L/M/R/K/M, §§ 1 bis 3 GWB Vorbemerkung Rn. 26.
127 BGH, Beschl. v. 28.09.1999 – KVR 29/96, NJW-RR 2000, 256, 258 – *Verbundnetz*; BGH, Urt. v. 13.07.2004 – KZR 40/02, BGHZ 160, 67, 76 = NJW-RR 2005,

bezieht sich in seinem Verständnis des Wettbewerbs und der von § 1 GWB geschützten Wettbewerbsbeschränkungen vor allem auf die Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Unternehmen und damit auf das Selbstständigkeitspostulat.[128]

III. USA

1. Gesetzliche Vorgaben

Eine ausdrückliche Zielbestimmung enthält auch das geltende US-Kartellrecht nicht. Die Kartellverbotsnorm, § 1 Sherman Act, zielt nach ihrem Wortlaut auf die Verhinderung von Einschränkungen des Handels („in restraint of trade") ab.[129] Der Wortlaut der Norm ist generalklauselartig weit gefasst.[130] Welche Zielsetzung dem gesetzgeberischen Willen bei der Einführung des Sherman Act im Jahre 1890 zugrunde lag, ist im Einzelnen umstritten.[131]

2. DoJ und FTC

Nach der Ansicht des DoJ[132] ist das Ziel des Kartellrechts der Schutz wirtschaftlicher Freiheiten und Möglichkeiten durch eine Förderung des freien und fairen Wettbewerbs auf den Märkten.[133] Der Grund dafür sei, dass Wettbewerb auf freien Märkten – durch niedrigere Preise, bessere Qualität und größere Auswahlmöglichkeiten – zu Verbrauchervorteilen führe. Ähnlicher Ansicht ist die FTC, die davon ausgeht, dass das Kartellrecht einen starken Wettbewerb fördern und die Verbraucher (u.a.) vor

---

269, 272 – *Standard-Spundfaß*; BGH, Urt. v. 24.10.2011 – KZR 7/10, NJW 2012, 773 Rn. 37 – *Grossistenkündigung*; BGH, Urt. v. 06.11.2013 – KZR 58/11, BGHZ 199, 1 = NZKart 2014, 31 Rn. 43 – *VBL-Gegenwert*.

128 BGH, Beschl. v. 09.10.2018 – KRB 10/17, NZKart 2019, 157 Rn. 11 – *Flüssiggas IV*; siehe auch BGH, Urt. v. 29.10.2019 – KZR 39/19, NJW 2020, 1436 Rn. 24 – *Trassenentgelte*.

129 Siehe dazu im Einzelnen unten S. 81ff.

130 *Hay*, Rn. 630; *Raeder*, S. 86, 88.

131 Ausführlich dazu *Hertfelder*, S. 99; *Kirkwood/Lande*, 84 Notre Dame L. Rev. 191, 201ff. (2008); *Khan*, 126 Yale L.J. 710, 739ff. (2017).

132 Siehe zur behördlichen Zuständigkeit für die Durchsetzung des US-Kartellverbots im Einzelnen unten S. 85ff.

133 Siehe dazu und zu dem Folgenden DoJ, Mission.

antikompetitiven Geschäftspraktiken schützen solle.[134] Die FTC betont, dass sie das Kartellrecht zum Vorteil der Verbraucher durchsetze.

Es wird heute sowohl durch das DoJ als auch durch die FTC hervorgehoben, dass die Förderung der Konsumentenwohlfahrt („consumer welfare") schon lange das leitende Prinzip der US-Kartellbehörden sei und dass die Behörden (daher) grundsätzlich nur eingreifen, wenn ein Verbrauchernachteil zu beobachten sei.[135] Auch wenn die US-Kartellbehörden sich in der Praxis hinsichtlich der Feststellung eines Verbrauchernachteils i.d.R. auf die nachteiligen Effekte auf die Endverbraucherpreise konzentrieren,[136] setzen sie für die Bejahung eines Kartellverstoßes einen Nachteil für die Endverbraucher nicht in jedem Fall zwingend voraus.[137]

3. Literatur

In der US-Literatur besteht seit langem Uneinigkeit über die genaue Zielsetzung des (US-)Kartellrechts.[138] Einander gegenüber stehen sich vor allem die Vertreter der sog. „Harvard School" und die Vertreter der sog. „Chicago School".[139] Nachdem die „Harvard School" mit ihrem eher restriktiven und auf die Marktstrukturen bezogenen Ansatz[140] vor allem in den 1950er und 1960er Jahren dominierte, setzte sich insbesondere seit den 1980er Jahren vermehrt die „Chicago School" durch.[141] Diese verfolgt einen Ansatz, der auf die Förderung der gesamtwirtschaftlichen Effizienz und die Maximierung der Konsumentenwohlfahrt („consumer welfare") fokussiert ist.[142] Inzwischen haben sich die Ansichten der „Harvard

134 Siehe dazu und zu dem Folgenden FTC, Guide.
135 Siehe *Delrahim*, S. 2; *Wilson*, S. 1; *Greenfield/Lange/Callan*, 83 Antitrust L.J. 393, 397 (2020).
136 *Jones/Sufrin*, S. 37, 39; *Khan*, 126 Yale L.J. 710, 720f. (2017); *Jones/Kovacic*, 62(2) Antitrust Bull. 254, 265 (2017).
137 OECD, Buyer Power, S. 307; AAI, Labor-Market, S. 4; *Raeder*, S. 99, 104; *Lambert*, 68 U. Kan. L. Rev. 1097, 1114 (2020); *Glöckner*, JuS 2018, 1130, 1131; siehe dazu auch unten S. 121f.
138 *Hay*, Rn. 627; *Hertfelder*, S. 99; ausführlich dazu etwa *Peritz*, passim.
139 *Areeda/Hovenkamp*, ¶112d; *Kerber/Schwalbe*, in: MüKo, EU, Grundlagen Rn. 49f.; *Hay*, Rn. 627ff.; *Gifford/Kudrle*, 62(2) Antitrust Bull. 239, 240f. (2017).
140 Siehe dazu im Einzelnen *Areeda/Hovenkamp*, ¶112d; *Kerber/Schwalbe*, in: MüKo, EU, Grundlagen Rn. 82ff.
141 *Kerber/Schwalbe*, in: MüKo, EU, Grundlagen Rn. 50; *Quante*, S. 50.
142 Siehe dazu im Einzelnen *Areeda/Hovenkamp*, ¶112d; *Kerber/Schwalbe*, in: MüKo, EU, Grundlagen Rn. 87ff.

School“ und der „Chicago School“ in vielen Punkten im Wesentlichen angeglichen und es herrscht häufig eine differenzierende Betrachtung vor.[143] Die Maximierung bzw. Steigerung der Konsumentenwohlfahrt ist jedoch – auch wenn es inzwischen erste Anzeichen neuer „Bewegungen“ gibt[144] – nach wie vor der weitgehend anerkannte Schutzzweck des Kartellrechts in der US-Wissenschaft und der Wettbewerb wird insofern i.d.R. lediglich als Mittel zur Erreichung dieses Zwecks angesehen.[145] Umstritten sind in diesem Zusammenhang jedoch weiterhin viele Einzelheiten. Vor allem ist umstritten, welches Verbraucher(schutz)konzept sich hinter der „consumer welfare“ verbirgt und ob es für die Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes des Nachweises eines – wie auch immer verstandenen – Verbrauchernachteils bedarf.[146]

4. Gerichte

Der US-amerikanische Supreme Court ging in seiner Rechtsprechung bisher nur relativ selten auf die Regelungszwecke des Sherman Act ein und ist – wenn er sich denn insoweit äußert – zudem nur wenig konstant.[147] Teilweise betonte der Supreme Court, dass der US-amerikanische Gesetz-

---

143 *Areeda/Hovenkamp*, ¶112d; *Kerber/Schwalbe*, in: MüKo, EU, Grundlagen Rn. 50; *Quante*, S. 50; *Zimmer*, in: WiR, S. 1, 5.

144 So z.B. *Khan*, 126 Yale L.J. 710 (2017) („approach oriented around preserving a competitive process and market structure“); *Hemphill/Rose*, 127 Yale L.J. 2078 (2018) („trading partner welfare approach“); *Steinbaum/Stucke*, 87 U. Chi. L. Rev. 595 (2020) („effective competition standard“); siehe dazu (erwidernd) *Hovenkamp*, 45 J. Corp. L. 65 (2019); näher zu den jüngsten Diskussionen *Greenfield/Lange/Callan*, 83 Antitrust L.J. 393 (2020).

145 Der führende US-Kommentar von *Areeda/Hovenkamp*, ¶100a führt insofern Folgendes aus: „[T]he principal objective of antitrust policy is to maximize consumer welfare by encouraging firms to behave competitively […].“ Ähnlich *Werden*, 74 Antitrust L.J. 707 (2007); *Kirkwood/Lande*, 84 Notre Dame L. Rev. 191 (2008); *Salop*, 22 Loy. Consumer L. Rev. 336 (2010); *Orbach*, 81 Fordham L. Rev. 2151 (2013); *Gifford/Kudrle*, 62(2) Antitrust Bull. 239, 253 (2017); *Hovenkamp*, 45 J. Corp. L. 65 (2019); vgl. auch *Jones/Sufrin*, S. 37; *Kreifels*, S. 75; *Raeder*, S. 90.

146 *Jones/Sufrin*, S. 21; *Kling/Thomas*, § 2 Rn. 43; *Raeder*, S. 95f.; *Salop*, 22 Loy. Consumer L. Rev. 336 (2010); *Werden*, 79 Antitrust L.J. 713, 715ff. (2014); *Gifford/Kudrle*, 62(2) Antitrust Bull. 239, 240 (2017); *Hemphill/Rose*, 127 Yale L.J. 2078 (2018); *Hovenkamp*, 45 J. Corp. L. 65 (2019); vgl. dazu auch unten S. 121ff.

147 *Werden*, 74 Antitrust L.J. 707, 724 (2007); *Kirkwood/Lande*, 84 Notre Dame L. Rev. 191, 217 (2008); *Hertfelder*, S. 220.

geber das Kartellrecht als eine Konsumentenwohlfahrts-Verordnung („consumer welfare prescription") konzipiert habe[148] und dass die Steigerung der Konsumentenwohlfahrt ein klassischer Beweggrund für die Schaffung des Sherman Act gewesen sei.[149] Häufig geht der Supreme Court jedoch auch davon aus, dass das US-Kartellrecht primär den Schutz des Wettbewerbs zum Ziel habe.[150] In einer jüngeren Entscheidung stellt der Supreme Court allerdings wiederum heraus, dass seit der Einführung des Sherman Act der Schutz der Verbraucher vor wettbewerbsbeschränkendem Verhalten von Unternehmen, wie z.B. überhöhten Preisen aufgrund einer Monopolstellung, das zentrale Anliegen des Gesetzes sei.[151] Auch bei der Anwendung der „rule of reason" im Rahmen des Kartellverbots[152] stellte der Supreme Court jüngst z.B. auf die Frage ab, ob die gegenständliche Handelseinschränkung antikompetitive Effekte hat, die nachteilig für den Verbraucher sind, oder ob sie den Wettbewerb im besten Interesse des Verbrauchers fördert.[153] Eine genaue Definition des „Verbrauchers" enthalten diese Entscheidungen jedoch nicht und auch ansonsten besteht in der US-Rechtsprechung kein eindeutiges und einheitliches Verbraucher(schutz)konzept.[154] Es ergibt sich allerdings aus der Rechtsprechung des Supreme Court jedenfalls nicht, dass der Nachweis einer Beeinträchtigung der Konsumentenwohlfahrt i.S.v. Nachteilen für den Endverbraucher für die Bejahung eines Kartellrechtsverstoßes zwingend erforderlich ist.[155]

---

148 Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330, 342 (1979); NCAA v. Bd. of Regents, 468 U.S. 85, 107 (1984).

149 Brooke Grp. Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 221 (1993).

150 So z.B. Standard Oil Co. v. FTC, 240 U.S. 231, 248 (1949); Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 320 (1962); Atl. Richfield Co. v. USA Petroleum Co., 495 U.S. 328, 338 (1990); State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3, 15 (1997); Leegin Creative Prods., Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 890 (2007); Ohio v. Am. Express Co., 138 S.Ct. 2274, 2290 (2018).

151 Apple Inc. v. Pepper, 139 S.Ct. 1514, 1525 (2019).

152 Siehe dazu im Einzelnen unten S. 81ff.

153 Ohio v. Am. Express Co., 138 S.Ct. 2274, 2284 (2018); Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 886 (2007).

154 *Stucke*, 53 B.C. L. Rev. 551, 571ff. (2012); *Hemphill/Rose*, 127 Yale L.J. 2078, 2091f. (2018); *Hovenkamp*, 45 J. Corp. L. 65, 77ff. (2019) (jeweils m.w.N. zur US-Rechtsprechung); dazu auch *Raeder*, S. 95f.; *Hertfelder*, S. 101f.

155 Zu diesem Ergebnis kommen auch *Raeder*, S. 95f. und *Hemphill/Rose*, 127 Yale L.J. 2078, 2088f. (2018) jeweils unter Verweis auf Mandeville Island Farms, Inc. v. Am. Crystal Sugar Co., 334 U.S. 219 (1948) und Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., 549 U.S. 312 (2007). Dafür sprechen

C. Kartellverbotsnormen

Nach der Einführung in die Rechtsquellen, Ziele und Regelungszwecke des europäischen, deutschen und US-amerikanischen Kartellrechts folgt nun ein Überblick über die Kartellverbotsnormen der verschiedenen Jurisdiktionen. Erörtert werden die für den weiteren Verlauf der Darstellung relevanten rechtlichen Grundlagen im Hinblick auf die jeweiligen Tatbestände, deren (etwaige) Ausnahmen und die Rechtsfolgen. Zudem werden die Durchsetzungsmöglichkeiten und kartellbehördlichen Zuständigkeiten kurz dargelegt.

I. EU (Art. 101 AEUV)

Art. 101 AEUV enthält nach seiner Systematik in Abs. 1 die Tatbestandsvoraussetzungen, in Abs. 2 die Rechtsfolgenseite und in Abs. 3 die Freistellungsvoraussetzungen des Kartellverbots.

1. Tatbestand (Art. 101 Abs. 1 AEUV)

a) Normadressaten

Die Normadressaten des Kartellverbots sind nach Art. 101 Abs. 1 AEUV Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Eine gesetzliche Definition dieser beiden Begriffe findet sich in den EU-Verträgen nicht. Nach der st. Rspr. des EuGH umfasst der Unternehmensbegriff jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung[156] unabhängig von ihrer Rechts-

---

zudem z.B. die folgenden Entscheidungen, die einen Kartellverstoß ohne die Feststellung eines Endverbrauchernachteils bejahten: Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Mach. Corp., 392 U.S. 481 (1968); Ill. Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977); FTC v. Indiana Fed'n of Dentists, 476 U.S. 447, 461 (1986); vgl. auch OECD, Labour Markets, S. 16ff.; *Kirkwood/Lande*, 84 Notre Dame L. Rev. 191, 209 (2008).

156 Teilweise findet sich insofern auch der inhaltsgleiche Begriff bzw. die inhaltsgleiche Übersetzung der „Einheit"; so z.B. EuGH, Urt. v. 23.04.1991 – C-41/90, Slg. 1991, I-1979 = NJW 1991, 2891 Rn. 21 – *Höfner und Elser*; EuGH, Urt. v. 16.03.2004 -C-264/01 u.a., Slg. 2004, I-2493 = NJW 2004, 2723 Rn. 46 – *AOK-Bundesverband*; EuGH, Urt. v. 25.11.2020 – C-823/18 P, NZKart 2021, 39 Rn. 64 – *GEA Group AG*.