

Inhaltsverzeichnis

Einführung	21
Teil I: Präzisierung und Eingrenzung	25
A. Drittbelastendes Arbeitgeberverhalten	25
I. Übereinkünfte	25
1) Lohn- und Konditionenabsprachen	26
2) Sperrabreden	28
a) Sperrabreden in spezifischen Kontexten	28
b) Kontextlose Sperrabreden	29
c) Ablösevereinbarungen	31
II. Informationsaustausch	32
B. Übervorteilung von Arbeitnehmern durch Absprachen und den Austausch von Informationen	34
I. Arbeitskraft als Wirtschaftsgut	35
II. Effekte drittbelastenden Arbeitgeberverhaltens	35
1) Übereinkünfte	36
2) Informationsaustausch	37
III. Zwischenergebnis	38
C. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	39
D. Gang der Untersuchung	40
Teil II: Schutz der ökonomischen Arbeitnehmerselbstbestimmungsfreiheit als verfassungsrechtlich auferlegte Aufgabe des Staates	41
A. Verfassungsrechtlicher Schutz der ökonomischen Arbeitnehmerselbstbestimmung	41
I. Berufsfreiheit	41
II. Vertragsfreiheit	43
B. Pflicht zum Schutz der Arbeitnehmerselbstbestimmungsfreiheit	44
I. Entstehung von Schutzpflichten nur unter engen Voraussetzungen	46

II. Schutzpflichten im Privatrechtsverkehr	46
1) Schutzpflichten in „vertraglichen Ungleichgewichtslagen“	47
2) Private Macht als Entstehungsgrund für Pflichten zum Schutz vor drittbelastendem Verhalten	49
a) Zum Begriff der privaten Macht	50
b) Keine Pflicht zum absoluten Schutz vor privater Macht	51
c) Schutzpflichten in der Privatrechtsgesellschaft	52
aa) Vereinbarkeit von privater Macht mit der Privatrechtsgesellschaft	53
bb) „Erarbeitete“ und „künstliche“ Machtpositionen	53
d) Zur Typisierungswirkung des Machtbegriffs	54
3) Ergänzende Abwägungsgesichtspunkte	55
a) Rang der Grundrechtsposition und konkrete Gefährdung	55
b) Eingeschränkter Selbstschutz	56
c) Situationsbedingte Zwänge in der Privatrechtsgesellschaft	57
d) Der Privatrechtsverkehr als Geschicklichkeitsspiel	58
4) Zwischenergebnis	59
III. Konkrete Schutzpflichten auf dem Arbeitsmarkt	60
1) Pflicht zum Schutz der Arbeitsvertragsfreiheit	60
a) Latent geschwächte Verhandlungsposition gegenüber dem Arbeitgeber	60
aa) Zur oligopsonistischen Tendenz von Arbeitsmärkten	61
bb) Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis	62
b) Ausgeliefertsein gegenüber Drittabsprachen und dem Austausch von Informationen	63
2) Pflicht zum Schutz vor Einschränkungen der Arbeitnehmermobilität	65
a) Arbeitsvertragliche Beschränkungen der Arbeitnehmermobilität	65
b) Einschränkungen der Arbeitnehmermobilität durch Sperrabreden	66
C. Schutz der Grundlagen unternehmerischer Tätigkeit als widerstreitendes, grundrechtlich anerkanntes Interesse	67
I. Arbeitgeberinteressen	68
II. Unternehmerische Freiheit	69
III. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	70

D. Ergebnis: Pflicht zum Schutz vor drittbelastendem Arbeitgeberverhalten	71
Teil III: Schutzpflichtenerfüllung mit den Mitteln des Privatrechts	72
A. Das Untermaßverbot als Maßstab des zu erreichenden Mindestschutzes	72
I. Legislativer Beurteilungsspielraum und Schutzminimum	73
II. Zum Verhältnis von Über- und Untermaßverbot	74
1) Zum Eigengewicht des Untermaßverbots	74
2) Zusammenspiel von Über- und Untermaßverbot	76
III. Zwischenergebnis	76
B. Untermaßverbot und privatrechtlicher Schutz vor Sperrabreden	77
I. Prolog: Intendierte Grenzen der Arbeitnehmermobilität (zugleich Schutz der Grundlagen unternehmerischer Tätigkeit)	77
1) Gesetzlicher Schutz vor Abwerbung	78
a) Vertragliche Rücksichtnahmepflichten	78
aa) Arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflichten	78
bb) Treuepflichten aus sonstigen Verträgen	79
cc) Sanktionsmöglichkeiten	80
b) Lauterkeitsrecht	81
aa) Gezielte Mitbewerberbehinderung, § 4 Nr. 4 UWG	81
bb) Direktansprache, § 3 Abs. 1 UWG	83
cc) Rechtsfolgen	85
c) Allgemeines Deliktsrecht	86
2) Know-how-Schutz	87
II. Gestaltungsgrenzen privatautonomer Einschränkungen der Arbeitnehmermobilität	88
1) Nachvertragliche Wettbewerbsverbote	89
a) Wirksamkeitsvoraussetzung „berechtigtes Interesse“	89
b) Abwägungsprinzipien	90
c) Sachlicher Anwendungsbereich der §§ 74 Abs. 1, 74a Abs. 1 S. 1, S. 2 HGB	91
2) Privatrechtliche Gestaltungsgrenzen für Sperrabreden	92
a) Schutzzweck des § 75f HGB	93
b) Anwendung des § 75f HGB auf Abwerbeverbote	94
aa) Auslegungslösung des BGH	94
bb) Zur analogen Anwendung des § 75f HGB auf Abwerbeverbote	95

c) Durchsetzbare Anstellungsverbote	96
3) Sittenwidrigkeit einzelner Sperrabreden	98
a) Sperrabreden als Verträge mit Lastwirkung gegenüber Dritten	98
b) Die guten Sitten als Maßstab zur Kontrolle von Drittbelastungen	99
c) Sperrabreden als bewusstes Zusammenwirken zum Nachteil von Arbeitnehmern	101
d) Sperrabreden als sittenwidrige pacta de non licitando	102
e) Anstellungsverbote unter Beteiligung zahlreicher Arbeitgeber	103
III. Rechtsschutz bei unzulässigen Einschränkungen der Arbeitnehmermobilität	104
1) Wahlrecht zwischen Unverbindlichkeit und Geldersatz bei unwirksamen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten	104
2) Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Sperrabreden	105
a) Auskunftsansprüche	105
b) Vertragliche Schadensersatzansprüche	107
c) Lauterkeitsrechtliche Ansprüche	108
aa) Arbeitnehmer als Schutzsubjekte des Lauterkeitsrechts	108
bb) Sperrabreden als geschäftliche Handlung im Sinne des UWG	109
cc) Keine Marktstrukturkontrolle mit lauterkeitsrechtlichen Mitteln	110
d) Ansprüche aus dem allgemeinen Deliktsrecht	111
IV. Zwischenergebnis	112
C. Untermaßverbot und privatrechtlicher Schutz vor Lohn- und Konditionenabsprachen sowie dem Austausch von Informationen	113
I. Lohn- und Konditionenabsprachen und der Maßstab der guten Sitten	114
1) Zur Missbilligungswürdigkeit des Zwecks von Lohn- und Konditionenabsprachen	115
2) Lohn- und Konditionenabsprachen als Treuepflichtverletzungen	115
3) Lohn- und Konditionenabsprachen als Verabredungen zu sittenwidrigem Verhalten	116

II. Deliktischer Drittschutz	116
1) Lauterkeitsrechtliche Relevanz	117
2) Allgemeines Deliktsrecht	118
III. Zwischenergebnis	118
D. Ergebnis: Pflichtwidrige Schutzlücken im Privatrecht	119
I. Fragmentarischer Schutz vor Arbeitgeberabsprachen	119
II. Begrenzter Nutzen einer Vertragskontrolle im Drittinteresse	120
III. Kein Schutz vor dem Austausch von Informationen	121
IV. Unzureichende Rechtsschutzmöglichkeiten	121
 Teil IV: Das Wettbewerbsrecht als Normenkomplex zur Schutzpflichtenerfüllung	 122
A. Normative Einwände: Bereichsausnahme Arbeitsmarkt?	123
I. Ursprünge einer Bereichsausnahme im deutschen Recht	123
1) Die 1960er-Jahre: Sonnabendarbeitszeit und Gagenstopp	123
2) Wortlautänderung des § 1 GWB (6. GWB-Novelle 1998)	125
II. Das europäische Wettbewerbsrecht als Maßstab der weiteren Untersuchung	126
III. Der Arbeitsmarkt im Kontext der Europäischen Verträge	128
1) Kein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip durch Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts auf arbeitsmarktbezogene Sachverhalte	128
2) Der Arbeitsmarkt als Teil der europäischen Wettbewerbsordnung	129
3) Systematik der europäischen Wettbewerbsregeln	131
4) Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und des EuGH	133
IV. Teilbereichsausnahme für Kollektivverträge	135
1) Zusammenhängende Auslegung der Europäischen Verträge	136
a) Dogmatische Herleitung	137
b) Kritik	138
2) Grundrechtlicher Begründungsansatz	140
3) Grenzen der kollektivarbeitsrechtlichen Bereichsausnahme	141
a) Beschränkung des Wettbewerbs auf Güter- und Dienstleistungsmärkten	142
b) Beschränkung des Wettbewerbs auf Märkten für Arbeitskraft	143

V. Zwischenergebnis: Keine allgemeine Bereichsausnahme	144
B. Ökonomische Einwände: Der Arbeitsmarkt als Wettbewerbsmarkt?	145
I. Wettbewerbsbedingungen im ökonomischen Standardmodell	145
1) Grundlegende Aussagen des Modells	146
2) Modellannahmen	147
a) Tauschbeziehungen als Grundlage sozialen Verhaltens	147
b) Der Markt als gedachtes Forum	148
c) Eigennütziges und rationales Verhalten	148
3) Zum Nutzen des ökonomischen Standardmodells	149
II. Zum Marktversagen auf dem Arbeitsmarkt	149
1) Beispiel: Konkurrenzparadoxon	150
2) Informationsmängel	151
3) Irrationales Verhalten auf dem Arbeitsmarkt	152
a) Rationales Verhalten im Modell	152
aa) Arbeitskraftnachfrage	153
bb) Arbeitskraftangebot	154
b) Zum Umgang mit Rationalitätsmängeln auf Arbeitnehmerseite	155
aa) Subjektiv-rationales Verhalten	156
bb) Arbeitnehmer als Satisfizierer	157
c) Zwischenergebnis	158
4) Heterogenität von Arbeitnehmern und Arbeitsplätzen	158
5) Inflexibilität der Arbeitsleistung	159
a) Inflexibilität aufgrund der Natur der Arbeitsleistung	160
b) Inflexibilität aufgrund lokaler Immobilität	161
6) Arbeitsmarkt und Macht	163
a) Marktmacht der Arbeitgeber	163
b) Macht und Gegenmacht	164
aa) Störung des Preisfindungsmechanismus	164
bb) Etablierung eines überhöhten Lohnniveaus	166
III. Zum Staatsversagen auf Arbeitsmärkten	166
1) Arbeitsschutz	167
2) Kündigungsschutz	168
3) Befristungsschutz	171
IV. Zwischenergebnis: Vielgestaltige Teilarbeitsmärkte	172

C. Schutzpflichtenerfüllung mithilfe des europäischen Wettbewerbsrechts	172
I. Wettbewerb als Instrument zur Materialisierung von Grundrechten der Marktgegenseite	172
1) Wettbewerb als Entmachtungsinstrument	173
2) Grenzen der Materialisierungskraft von Wettbewerb	174
II. Das europäische Wettbewerbsrecht als Instrument zum Schutz des Wettbewerbs und zur Sicherung individueller Freiheit	176
1) Effizienz als ökonomisches Argument	177
2) Effizienzansatz, Rationalität und Rechtssicherheit	178
3) Historische und systematische Einwände gegen einen Effizienzansatz	180
III. Füllung der Lücken im Schutz vor drittbelastendem Arbeitgeberverhalten durch das Wettbewerbsrecht	181
1) Schutz vor jeglichen drittbelastenden Verhaltensweisen	181
a) Verbot abgestimmter Verhaltensweisen und Nichtigkeit wettbewerbswidriger Absprachen	181
b) Wirksamkeit von Arbeitsverträgen als Folgeverträge	182
2) Effektive Rechtsdurchsetzung	184
a) Public enforcement	185
b) Private enforcement	186
aa) Arbeitnehmer als Anspruchsberechtigte	187
bb) Erleichterte Darlegung in follow-on-Verfahren	187
c) Kollektive Rechtsdurchsetzung im Arbeitnehmerinteresse?	188
aa) Kollektive Geltendmachung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen	189
bb) Kollektive Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen	191
d) Zwischenergebnis	192
3) Etablierte wettbewerbsrechtliche Dogmatik	192
a) Abwägung von Rechtspositionen im Sinne des Übermaßverbots	193
b) Berücksichtigung von und Abwägung mit Allgemeininteressen	193
aa) Grundsatz: Effizienz als Resultat freien Wettbewerbs	193
(1) Effizienter Einsatz der Ressource Arbeitskraft	194
(2) Steigerung des Innovationspotenzials	195

bb) Art. 101 AEUV als Kollisionsregel	195
D. Ergebnis: Geeignetheit des Wettbewerbsrechts zur Füllung von Schutzlücken	196
Teil V: Anwendung des Wettbewerbsrechts zur Schutzpflichtenerfüllung	198
A. Grundfragen	198
I. Arbeitskraftnachfrage als wirtschaftliche Tätigkeit	199
II. Arbeitskraftnachfrage als Handel im Sinne von Art. 101 AEUV	201
III. Natürliches Parallelverhalten auf Arbeitsmärkten	201
IV. Arbeitsmarkt und Marktabgrenzung	203
1) Etablierte Kategorisierungen	204
2) Substituierbarkeit	205
a) Ressourcenaufwand	207
b) Präferenzen der anderen Marktseite	208
c) Natur der Arbeitsleistung	209
aa) Einfluss von Wechselkosten	209
bb) Trägheit von Arbeitskraft	210
cc) Berücksichtigung nicht-monetärer Wettbewerbsfaktoren	210
dd) Berücksichtigung der Heterogenität der Arbeitnehmer	211
d) Substituierbarkeit und räumliche Marktabgrenzung	212
3) Zwischenergebnis	214
B. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Lohn- und Konditionenabsprachen	214
I. Lohn- und Konditionenabsprachen als Wettbewerbsbeschränkungen	215
1) Spürbarkeit von Lohn- und Konditionenabsprachen	216
2) Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels	217
II. Zur Rechtfertigung effizienter Lohn- und Konditionenabsprachen	219
1) Berücksichtigung sämtlicher Effizienzvorteile	221
2) Ambivalente Wohlfahrtseffekte auf nachgelagerten Märkten	221
a) Mögliche Wohlfahrtseinbußen für Abnehmer	222
b) Wettbewerbsdruck als Mindestvoraussetzung für Wohlfahrtsgewinne	224

3) Berücksichtigung der Arbeitnehmerwohlfahrt	225
a) Zur Diskussion über einen „worker welfare standard“	225
aa) Hintergründe der Diskussion	226
bb) Impulse für die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV	226
b) Arbeitnehmerinteressen und Art. 101 Abs. 3 lit. a und lit. b AEUV	227
aa) Unerlässlichkeit von Lohn- oder Konditionenabsprachen	228
bb) Restwettbewerb auf dem betroffenen Teilarbeitsmarkt	229
(1) Marktstruktur	229
(2) Potenzieller Wettbewerb	230
(3) Interner Wettbewerb	231
4) Zwischenergebnis	232
III. Andere Gemeinwohlbelange als Rechtfertigungsgründe	232
1) In Betracht kommende Gemeinwohlbelange	232
2) Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Gemeinwohlbelange im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV	233
a) Auslegungsspielraum in Art. 101 Abs. 3 AEUV	234
b) Kompetenzprobleme bei der Verfolgung von Gemeinwohlbelangen durch Arbeitgeber	235
aa) Verletzung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung durch private Ersatzgesetzgebung	236
bb) Gemeinwohlbelange im System der Legalausnahme nach Art. 1 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003	237
c) Zuordnung von Allgemeinwohlbelangen zu Effizienzvorteilen	239
d) Anwendungsfall salary caps	241
aa) Finanzstabilität der Vereine als Rechtfertigungsansatz	241
bb) Sportliche Ausgeglichenheit als Rechtfertigungsansatz	242
cc) Jugendförderung als Rechtfertigungsansatz	244
(1) Allgemeinwohlbelang Jugendförderung und Effizienzvorteile	244

(2) Zusammenhang zwischen salary caps und Jugendförderung	245
3) Teleologische Reduktion des Art. 101 Abs. 1 AEUV bei anerkannten Regelungskompetenzen	247
a) Privilegierte privatautonome Gesetzgebung	247
b) Unterschiede zur Legalausnahme nach Art. 101 Abs. 3 AEUV	249
c) Zur erforderlichen Konkretetheit von Regelsetzungsbefugnissen	250
aa) Immanente Regelungskompetenzen	250
bb) Zur Einordnung der Meca-Medina- Rechtsprechung	251
d) Zu salary caps als Produkt legitimer autonomer Regelsetzung	252
aa) Immanente Regelungskompetenzen zum Erlass von salary caps	252
bb) Erforderlichkeit von salary caps	253
cc) Exkurs: Regulierungskompetenzen der Sozialpartner	255
IV. Zwischenergebnis	256
C. Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Sperrabreden	256
I. Anstellungsverbote als Aufteilung von Versorgungsquellen	256
1) Parallele zu Marktaufteilungen auf Angebotsmärkten	257
2) Anstellungsverbote als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen	259
II. Differenzierte Behandlung von Abwerbverböten	260
1) Abwerbverböte als bezweckte oder bewirkte Absprachen	260
2) Abwerbverböte und Markttransparenz	261
3) Spürbare Einschränkung des Wettbewerbs durch Abwerbverböte	262
a) Marktstellung der kolludierenden Arbeitgeber	262
b) Einfluss der Arbeitsuchendenquote	263
c) Arbeitsmarktspezifische Besonderheiten	264
III. Zulässige Sperrabreden	265
1) Unter Art. 101 Abs. 3 AEUV fallende effizienzsteigernde Sperrabreden	265
a) Mittels Sperrabreden generierte Effizienzvorteile	265
aa) Reduktion von Friktionskosten	265
bb) Beständigkeit des Mitarbeiterstammes und Know- how-Schutz	266

c)	Förderung von Investitionen in den Mitarbeiterstamm	267
	(1) Vorteile auf nachgelagerten Produktmärkten	268
	(2) Vorteile auf Märkten für Arbeitskraft	269
b)	Potenzielle Effizienz Nachteile von Sperrabreden	269
c)	Sperrabreden in den Schranken des Art. 101 Abs. 3 AEUV	270
	aa) Verbleibender Restwettbewerb	271
	bb) Unerlässlichkeit von Sperrabreden	271
	(1) Allgemeiner Vorrang von Vertikalmaßnahmen	272
	(2) Interner Vergleich zwischen Gestaltungsvarianten	273
d)	Sperrabreden und Gruppenfreistellungsverordnungen	274
2)	Sperrabreden als notwendige Nebenabreden	275
	a) Sperrabreden im Rahmen von Unternehmensübertragungen	276
	b) Sperrabreden in anderen Kontexten	277
	aa) Herausragende Bedeutung des Faktors Arbeitskraft für die Durchführung des Hauptgeschäfts	278
	bb) Hauptgeschäft zwingt zur Offenbarung des Mitarbeiterstammes	278
	c) Sachliche, zeitliche und räumliche Begrenzung von Sperrabreden	280
	aa) Sachliche Begrenzung auf Mitarbeitergruppen	281
	bb) Zeitliche Begrenzung	281
	cc) Räumliche Begrenzung	282
3)	Wiederholung von Rechtspflichten	283
IV.	Sonderfall Ausbildungsentschädigungen	284
1)	Ausbildungsentschädigungen im Fußballsport	284
	a) Ausbildungsentschädigungen als effiziente Vereinbarungen	285
	aa) Effizienzvorteile	285
	bb) Unerlässlichkeit von Ausbildungsentschädigungen	286
	b) Vereinbarungen über Ausbildungsentschädigungen als legitime Inanspruchnahme privater Regelungskompetenzen	287
2)	Ausbildungsentschädigungen in anderen Kontexten	288
	a) Keine belegten Effizienzvorteile	289
	b) Ausbildungsentschädigungen in den Grenzen des Art. 101 Abs. 3 AEUV	289

c) Keine privaten Regelungskompetenzen im Bereich der Berufsbildung	290
V. Zum Verhältnis von Art. 101 Abs. 1 AEUV zu § 75f HGB	291
VI. Zwischenergebnis	292
D. Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Informationsaustausches	293
I. Wettbewerbsbeschränkungen durch Informationsaustausch	293
II. Beurteilung des Informationsaustausches auf Arbeitsmärkten	294
1) Arbeitsmärkte anfällig für nachteiligen Informationsaustausch	294
2) Sensible Arbeitsmarktdaten	295
III. Legitimer Informationsaustausch	296
1) Informationsaustausch ohne wettbewerbsbeschränkende Wirkungen	296
2) Effizienzgenerierender Informationsaustausch	297
a) Öffentlicher Informationsaustausch	297
b) Benchmarking	299
aa) Wettbewerbskonforme Ausgestaltung von Benchmarkingstudien	299
bb) Benchmarkingstudien auf Arbeitsmärkten	300
c) Vorvertraglicher Informationsaustausch	302
aa) Informationsaustausch vor der Eingehung konkreter Arbeitsverträge	302
bb) Informationsaustausch vor der Begründung anderer Verträge	303
E. Ergebnis: Schutzpflichtenerfüllung mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts	304
Teil VI: Zusammenfassung in Thesen	306
Teil VII: Ausblick	317
Literaturverzeichnis	319